

الفروق في الفروع

في فقه الإمام أبي حنيفة النعمان

رضي الله تعالى عنه

تأليف

الإمام أبي المظفر أحمد بن محمد بن الحسين الكرابيسي النيسابوري الحنفي

المتوفى ٥٧٠ هـ

وإليه

اختلف أبي حنيفة وابن أبي ليلى

الإمام أبي يوسف يعقوب بن إبراهيم الأنصاري

المتوفى ١٨٢ هـ

وفي المقدمة

ترجمة أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد بن الحسن الشيباني
للعالم أبي عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي

المتوفى ٧٤٨ هـ

تحقيق

أحمد فريد المزيدي



دار الكتب العلمية

اسمها معهد علي بن هاشم سنة ١٩٧١

بيروت - لبنان

Title: AL-FURŪQ FI AL-FURŪF
(A book in Hanafi Jurisprudence)
Author: As'ad Ben Muḥammad Al-Karābīsī
Editor: Aḥmad Farīd Al-Miziyādī
Publisher: Dar Al-kotob Al-Ilmiyah
Pages: 544
Year: 2005
Printed in: Lebanon
Edition: 1st

الكتاب: الفرق في الفروع

المؤلف: أبو المظفر أسعد بن محمد الكرابيسي

المحقق: أحمد فريد المزيدي

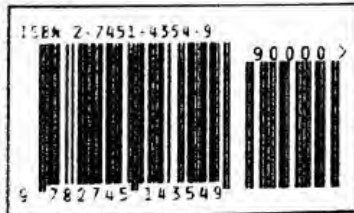
الناشر: دار الكتب العلمية - بيروت

عدد الصفحات: 544

سنة الطباعة: 2005 م

بلد الطباعة: لبنان

الطبعة: الأولى



مكتبة دار الكتب العلمية



دار الكتب العلمية

جميع الحقوق محفوظة

Copyright

All rights reserved
Tous droits réservés ©

جميع حقوق الملكية الأدبية والفنية محفوظة
لدار الكتب العلمية - بيروت - لبنان
ويحظر طبع أو تصوير أو ترجمة أو إعادة لتضيق الكتاب كاملاً أو
مجزئاً أو تسجيله على أشرطة كاسيت أو إدخاله على الكمبيوتر
أو برمجته على أسطوانات ضوئية إلا بموافقة الناشر خطياً.

Exclusive rights by ©

Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah Beirut - Lebanon

No part of this publication may be translated,
reproduced, distributed in any form or by any means,
or stored in a data base or retrieval system, without the
prior written permission of the publisher.

Tous droits exclusivement réservés à ©

Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah Beyrouth - Liban

Toute représentation, édition, traduction ou reproduction
même partielle, par tous procédés, en tous pays, faite
sans autorisation préalable signée par l'éditeur est illicite
et exposerait le contrevenant à des poursuites
judiciaires.

الطبعة الأولى

٢٠٠٥ م ١٤٢٦ هـ

مكتبة دار الكتب العلمية

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

Mohamad Ali Baydoun Publications Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah

الإدارة: رمل الطريرف، شارع البحري، بناية ملكارت
Ramel Al-Zarif, Bohtory Str., Melkart Bldg., 1st Floor
هاتف وفاكس: ٣١٤٣٨ - ٣١١١٢٥ (١١١)

فرع عرمون، القبة، مبنى دار الكتب العلمية
Aramoun Branch - Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah Bldg.

هاتف: ١١١ / ١١١٨١٠ - ١١١٨١٠
فاكس: ١١١٨١٣ - ١١١٨١٣
ص.ب. ١١٢٤ - بيروت - لبنان
رياض الصلح - بيروت ١١٠٧

<http://www.al-ilmiyah.com>

e-mail: sales@al-ilmiyah.com

info@al-ilmiyah.com

baydoun@al-ilmiyah.com

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم، سبحانه لا علم لنا إلا ما علمتنا إنك أنت العليم الحكيم، ربنا افتح بيننا وبين قومنا بالحق وأنت خير الفاتحين.

وصل اللهم على سيدنا محمد وآله الطيبين، وصحبه المقربين ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

وبعد.. فبين يديك أيها القارئ الكريم كتاب في فروع الفقه الحنفي لأبي المظفر الكرايسي، وهو من أفضل كتب الفروق عند الحنفية، بل وأشهرها، وللكتاب نسختان، كلاهما من محفوظات دار الكتب المصرية.

الأولى: تقع تحت رقم (٢٩٢ فقه حنفي)، وعدد أوراقها (٢٨٧ ورقة)، ومسطرته مختلفة.

والثانية: تحت رقم (٢٩٣ فقه حنفي) وأوراقها (١٩٣ ورقة)، وعدد الأسطر ٢٤ سطراً في الصفحة، وقد كتبت بخط نسخي معتاد، سنة ٦٢٢ هـ، وبها بعض الحواشي، وكذلك طبع الكتاب من قبل، وبه جهد طيب، فجزى الله كل من ساهم في إبرازه وإخراجه خير الجزاء في الدنيا والآخرة، ثم جعلنا في مقدمته، ثلاث رسائل في ترجمة الإمام أبي حنيفة وصاحبيه أبي يوسف، ومحمد بن الحسن الشيباني، تصنيف العلامة الحافظ الذهبي، وذلك في أجزاء مفردة، وهذه التراجم قام بتحقيقها العلامة الشيخ: محمد زاهد الكوثري والعلامة الشيخ: أبو الوفا الأفغاني، رحمهما الله تعالى.

ثم جعلنا بعد كتاب الفروق، كتاب: اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى لأبي يوسف، بتصحيح وتعليق: أبي الوفا الأفغاني، مع تحقيقنا واستدراكنا كتمة وفائدة، وجعلنا ذلك بين قوسين () هكذا.

وآخرًا نسأل الله القبول والإخلاص لما يحبه ويرضاه وصلى الله وسلم على سيدنا محمد وسلم تسليمًا كثيرًا.

كتبه

أبو الحسن/ أحمد فريد المزيدي

ترجمة المصنف^(١)

هو الإمام الفقيه العلامة الشيخ أسعد بن محمد بن الحسين الكرابيسي النيسابوري، جمال الدين، أبو المظفر الحنفي.

ولد في أواخر القرن الخامس الهجري تقريبًا.

من شيوخه: أبو منصور موهب بن أحمد الجواليقي، وعلاء الدين محمد بن عبد الحميد الأسندي، وأبو العلاء صاعد بن محمد البخاري الراسندي، وغيرهم.

من مصنفاته: الفروق في الفروع الحنفية - كتابنا هذا -، وتفسير القرآن، والموجز شرح مختصر أبي حفص عمر مدرس المستنصرية ببغداد.

وتوفي الكرابيسي رحمه الله سنة (٥٧٠ هـ) ودفن بالوردية في بغداد.

(١) وانظر في ترجمته: الجواهر المضئية (١ / ١٤٣)، وأعلام الأخيار للكفوي (ص ٢٧١)، وكشف الظنون لحاجي خليفة (١٢٥٧، ١٦٣٠، ١٨٩٨) والفوائد البهية للكنوي (ص ٤٥)، وبروكلمان - الملحق - (١ / ٦٤٢)، ومعجم المؤلفين لكحالة (١ / ٣٥١)، وهدية العارفين (١ / ٢٠٤).

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله الذي شرف العلماء من عباده بكرم خطابه ﴿ إِنَّمَا تَخْشَى اللَّهَ مِنْ عِبَادِهِ
الْعُلَمَاءُ ﴾ [فاطر: ٢٨] و﴿ هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ ﴾ [الزمر: ٩].
واكرم أوليائه منهم بمزيد كرمه والطفه حيث قال تعالى: ﴿ الْآبَاءُ أَوْلِيَاءُ اللَّهِ لَا خَوْفٌ
عَلَيْهِمْ وَلَا هُمْ يَحْزَنُونَ ﴾ [يونس: ٦٢].

والصلاة والسلام على سيدنا محمد الذي ميز علماء أمته بقوله: «من يرد الله به
خيرًا يفقهه في الدين» وعلى آله الطيبين الطاهرين الأكرمين، وصحبه القادة السادة البررة
المتقين.

أما بعد: فقد كنت منذ رأيت كلمة الذهبي في «تذكرة الحفاظ» عند ترجمته لأبي
حنيفة في عداد الحفاظ (١-١٦٠): «مناقب هذا الإمام قد أفردتها في جزء» وكلمته فيها
عند ترجمته لصاحبه أبي يوسف في عدادهم أيضًا (١-٢٧٠): «قد أفردته وأفردت
صاحبه محمد بن الحسن رحمهما الله في جزء» لم أزل مشغولاً عن ساق الجد في البحث عن
تلك الأجزاء المفردة للذهبي في تراجم أئمتنا فقهاء الملة: أبي حنيفة النعمان بن ثابت
الكوفي، وأبي يوسف يعقوب بن إبراهيم الأنصاري، وأبي عبد الله محمد بن الحسن الشيباني
رحمهم الله وأرضاهم، إلى أن أظفرتني الله سبحانه بالجزء الخاص بمناقب أبي حنيفة من بين تلك
الأعلاق النفيسة، في مكتبة العلامة الكبير الشيخ محمد سعيد الشافعي المدراسي - مفتي
العدالة العالية بحيدر آباد الدكن سابقاً تغمده الله برضوانه - وهي من أغنى مكتبات حيدر
آباد: فيها نوادير كثيرة من كتب الحديث والفقه فاغتنمنا ذلك ونسخناه لنشره بمعرفة
لجنتنا «لجنة إحياء المعارف النعمانية» كما أظفرتني بالجزء الخاص بالصاحبين أبي يوسف
ومحمد رحمهما الله عند صديقنا الأستاذ محمد زاهد الكوثري من مشايخ العلم في دار
الخلافة العثمانية سابقاً، كان نسخه من نسخة مكتوبة في القرن الثامن، ضمن مجموعة
اشتراها صديقه المغفور له السيد محمد أمين الخانجي الكتبي المشهور من بيت السقطي
بصاحبة دمشق الشام، حيث كان أعاره تلك المجموعة سنة ١٣٤٧ هـ قبل أن يبعث بها
إلى الغرب، وكان هذا توفيقاً من الله جل شأنه، وكان الجزء الخاص بأبي حنيفة مملوئاً
بالأغلاط، فبعثنا به إلى الأستاذ الكوثري بمصر ليصححه ويعلق عليه بالتماس اللجنة، مع
طلب الجزء الخاص بالصاحبين منه حفظه الله بالتعليق عليه أيضاً، فقام بإسعاف المرجو،
كما يراه القارئ، وأهدى الجزء إلى اللجنة، جعل الله سعيه مشكوراً، ومتع المسلمين
بطول حياته. فما كان ساقطاً من الأصل زدت فيه بين مربعين من كتاب فضائل أبي حنيفة
وأصحابه للحافظ ابن أبي العوام، لأن أكثر ما في الأصل مأخوذ منه بنقشه، ولم أتبه عليه،

وما زيد فيه من غيره نبهت عليه بالهامش، وتعليقات الأستاذ محمد الزاهد الكوثري مرموز إليها بحرف (ز) في آخرها.

وأما ترجمة مصنف المناقب فهو - كما ذكرها الحافظ شمس الدين أبو المحاسن محمد ابن علي بن الحسن الحسيني الدمشقي في ذيل تذكرة الحفاظ الشيخ الإمام العلامة شيخ المحدثين قدوة الحفاظ والقراء محدث الشام ومؤرخه ومفيدة شمس الدين أبو عبد الله محمد ابن أحمد بن عثمان بن قايماز بن عبد الله التركماني الفارقي الأصل الدمشقي الشافعي المعروف بالذهبي مصنف الأصل - يعني تذكرة الحفاظ - ولد سنة ثلاث وسبعين وستمائة بدمشق، وسمع الحديث في سنة اثنتين وتسعين وهلم جرا، وسمع بدمشق من أبي حفص عمر بن القواس وأبي الفضل بن عساكر وخلق، وبمصر الأبرقوهي، وبالقاهرة الدمياطي، وبالثغر الغرافي، وببعلبك التاج عبد الخالق، وبجلب سنقر الزيني، وبناپلس العماد بن بدران، وبمكة التوزري، وأجاز له خلق من أصحاب ابن طبرزد والكندي وحنبل وابن الحرستاني وغيرهم من شيوخه في معجمه الكبير، وهم أزيد من ألف ومئتي نفس بالسماع والإجازة، وخرج لجماعة من شيوخه وجرح وعدل، وفرع وصحح وعلل واستدرك، وأفاد وانتقى، واختصر كثيراً من تأليف المتقدمين والمتأخرين، وكتب علماً كثيراً، وصنف الكتب المفيدة، فمن أطولها «تاريخ الإسلام»، ومن أحسنها «ميزان الاعتدال في نقد الرجال» وفي كثير من تراجمه اختصار يحتاج إلى تحرير، ومصنفاته ومختصراته وتخريجاته تقارب المائة، وقد سار بجملتها منها الركبان، في أقطار البلدان، كان أحد الأذكياء المعدودين، والحفاظ المبرزين، ولي مشيخة الظاهرية قديماً، ومشيخة النفيسة والفاضلية والتكزية، وأم الملك الصالح. ولم يزل يكتب ويتتقى ويصنف حتى أضر في سنة إحدى وأربعين، ومات ليلة الإثنين ثالث ذي القعدة سنة ثمان وأربعين وسبعمائة بدمشق، ودفن بمقبرة الباب الصغير رحمه الله تعالى، وكان قد جمع القراءات السبع على الشيخ أبي عبد الله بن جبريل المصري نزيل دمشق، فقرأ عليه ختمة جامعة لمذاهب القراء السبعة بما اشتمل عليه كتاب التيسير لأبي عمرو الداني، وكتاب حرز الأمان لأبي القاسم الشاطبي، وحمل عنه الكتاب والسنة خلائق، والله تعالى يغفر له، انتهى ما قاله الحسيني بلفظه.

قلت: ومن تصانيفه التاريخ الأوسط والصغير، وقد طبع بدائرة المعارف بحيدر آباد الدكن، وسير أعلام النبلاء وطبقات الحفاظ، وطبع بدائرة المعارف مرتين، ومختصر تهذيب الكمال المعروف بالتهذيب، والكاشف مختصر ذلك، والمجرد في أسماء رجال الكتب الستة، والتجريد في أسماء الصحابة، وطبع بدائرة المعارف، والميزان وطبع بالهند وبمصر، والمغني في الضعفاء، ومشتبه النسبة، وطبع بأوروبا، ومختصر الأطراف لشيخه

المزي، وتلخيص المستدرک مع تعقبه عليه، وطبع بدائرة المعارف في ذيل مستدرک الحاكم، ومختصر المحلى، ومهذب سنن البيهقي، وغير ذلك. وله معجم كبير وصغير، وكتاب العلو، وطبع بالهند وبمصر وفيه مأخذ، وزغل العلم، وطبع بمصر مع تعليق عليه للأستاذ الكوثري حفظه الله. وقال السيوطي في ذيل طبقات الحفاظ: إن المحدثين عيال الآن في الرجال وغيرها من فنون الحديث على أربعة: المزي، والذهبي، والعراقي، وابن حجر، ثم قال: ورثاه التاج السبكي بقصيدة أولها:

من للحديث وللسارين في الطلب من بعد موت الإمام الحافظ الذهبي
من للرواية والأخبار ينشرها بين البرية من عجم ومن عرب
من للدراية والآثار يحفظها بالنقد من وضع أهل الغي والكذب
من للصناعة يدري حل معضلها حتى يريك جلاء الشك والريب
ومنها:

هو الإمام الذي روت روايته وطبق الأرض من طلابه النجب
ثبت صدوق خير حافظ يقط في النقل أصدق أنباء من الكتب
الله أكبر ما أقرا وأحفظه من زاهد ورع في الله مرتقب

هذا وقد تم نشر هذا المجموع النفيس، تحت ظلال مولانا الملك الجليل المعان، الذائع صيت فضله في كل مكان، صاحب الجلالة، السلطان ابن السلطان، سلطان العلوم، مظفر الممالك، شمس الملة والدين، آصف جاه السابغ، مير عثمان علي خان بهادر، لا زالت مملكته رافلة في حلل العز والارتقاء ما توالى الملوان، كان ذلك بإذن لجنة إحياء المعارف النعمانية بحيدر آباد الدكن حرسها الله عن الشرور والفتن في شهر ذي القعدة المحرم من سنة ١٣٦٦ هـ

ولله الحمد والمنة.

أبو الوفا الأفغاني

ترجمة

الإمام أبي حنيفة

النعمان بن ثابت الكوفي
المتوفى ١٥٠ هـ

تأليف

الإمام الحافظ

أبي عبد الله شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز الذهبي

المتوفى ٧٤٨ هـ

تحقيق

أحمد فرید المزیدي

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله على كل حال وصلى الله على محمد أفضل الرجال.

أما بعد فهذا كتاب في أخبار فقيه العصر وعالم الوقت، أبي حنيفة، ذي الرتبة الشريفة، والنفس العفيفة، والدرجة المنيفة: النعمان بن ثابت بن زوطي مفتي أهل الكوفة. ولد لله وأرضاه، وأنفذ ما أوضحه من الدين الحنيفي وأمضاه، في سنة ثمانين في خلافة عبد الملك بن مروان بالكوفة، وذلك في حياة جماعة من الصحابة رضي الله عنهم، وكان من التابعين لهم إن شاء الله بإحسان، فإنه صح أنه رأى أنس بن مالك إذ قدمها أنس عليه السلام. قال محمد ابن سعد: حدثنا سيف بن جابر أنه سمع أبا حنيفة يقول: رأيت أنسًا عليه السلام وقال يعقوب بن شيبة السدوسي: أبو حنيفة مولى لبني تميم الله بن ثعلبة بن بكر بن وائل.

وقال أبو خازم عبد الحميد القاضي: سألت ابن إسماعيل بن حماد بن أبي حنيفة: لمن ولاؤكم؟ فقال: سبي ثابت أبو أبي حنيفة من كابل فاشترته امرأة من بني تميم الله بن ثعلبة فاعتقته. وقال أبو نعيم الفضل بن دكين: كان أبو حنيفة حسن الوجه واللحية حسن الثياب. وقال عبد الوهاب بن زياد: رأيت أبا حنيفة بالكوفة وعليه قلنسوة طويلة سوداء. وقال علي بن عبد الرحمن بن محمد بن المغيرة الكوفي بمصر: سمعت أبي يقول: رأيت شيخًا في مسجد الكوفة يفتي الناس (وعليه قلنسوة طويلة) فقلت: من هذا؟ قالوا: أبو حنيفة. قال قاضي مصر أبو القاسم عبد الله بن محمد بن أحمد بن يحيى بن الحارث بن أبي العوام السعدي في كتاب فضائل أبي حنيفة، وهو مجلد واحد: حدثني إبراهيم بن أحمد بن سهل الترمذي ثنا القاسم بن غسان القاضي ثنا أبي أنا جدي أبو غسان أيوب بن يونس سمع النضر بن محمد يقول: كان أبو حنيفة جميل الوجه، سري الثوب، عطرًا، ولقد أتيته في حاجة فصليت معه الصبح، وعليّ كساء قومي فأمر بإسراج بغله وقال: أعطني كساءك (لأركب في حاجتك وهذا) كسائي (إلى أن أرجع) ففعلت، فلما رجع قال: يا نضر أخجلتني بكسائك. قلت وما أنكرت منه؟ قال: هو غليظ. قال النضر: وكنت اشتريته بخمسة دنانير، وأنا به معجب، ثم رأيته بعد هذا وعليه كساء قومي قومته بثلاثين دينارًا.

من أخلاقه وورعه

روى الحسن بن إسماعيل بن محالد عن أبيه قال: كنت عند الرشيد (إذ دخل عليه أبو يوسف فقال له هارون): صف لي أخلاق أبي حنيفة. قال: كان والله شديد الذب عن حرام الله، مجانبًا لأهل الدنيا، طويل الصمت، دائم الفكر، لم يكن مهذارًا ولا ثرثارًا إن

سئل عن مسألة كان عنده علم أجاب فيها، وما علمته يا أمير المؤمنين إلا سألنا أنفسه ودينه (مشتغلاً بنفسه عن الناس) لا يذكر أحداً إلا بخير. فقال الرشيد: هذه أخبار الصالحين. وقال القاسم بن غسان: سمعت إسحاق بن أبي إسرائيل يقول: ذكر قوم أبا حنيفة عند ابن عيينة فتنقصه بعضهم فقال سفيان: مه! كان أبو حنيفة أكثر الناس صلاة. وأعظمهم أمانة، وأحسنهم مروءة. وروى عن شريك قال: كان أبو حنيفة طويل الصمت، دائم الفكر، كبير العقل، قليل المحادثة للناس. وقال الحسن بن إسماعيل بن بمالة: سمعت وكيعاً يقول: قال الحسن بن صالح بن حي: كان أبو حنيفة شديد الخوف لله، هائلاً للحرام أن يستحل. وعن بشر بن يحيى: سمعت ابن المبارك يقول: ما رأيت رجلاً أوفر في مجلسه، ولا أحسن سناً وحلماً من أبي حنيفة، ولقد كنا عنده (في المسجد الجامع) فوقعت حية من السقف في حجره فما زاد على أن نفخ حجره فألقاها وما منا أحد إلا هرب. وعن إسماعيل بن حماد بن أبي حنيفة قال: لما حذق أبي حماد قراءة الفاتحة أعطى أبو حنيفة المعلم خمسمائة درهم. وقد ورد في كرم أبي حنيفة وأفضاله أخبار عديدة. وقال إبراهيم بن سعيد الجوهري: ثنا المثنى بن رجاء، قال: جعل أبو حنيفة على نفسه إن حلف بالله صادقاً في عرض حديثه أن يتصدق بدينار فكان إذا حلف تصدق بدينار، وكان إذا أنفق على عياله نفقة تصدق بمثلها. وقال أبو بكر بن عياش: لقي أبو حنيفة من الناس عتياً لقلة مخالطته الناس فكانوا يرونه من زهر فيه، وإنما كان ذلك منه غريزة فيه. وقال جبارة بن المغلس: سمعت قيس بن الربيع يقول: كان أبو حنيفة ورعاً تقياً، مفضلاً على إخوانه. وقال لوين: سمعت محمد بن جابر يقول: كان أبو حنيفة قليل الكلام إلا بما يسأل عنه، قليل الضحك، كثير الفكر، دائم القلوب كأنه حديث عهد بمصيبة. وقال زيد بن أحمز: سمعت الحرابي يقول: كنا عند أبي حنيفة فقال له رجل: إني وضعت كتاباً على خطك إلى فلان فوهب لي أربعة آلاف درهم، فقال أبو حنيفة: إن كنتم تنتفعون بهذا فافعلوا. ورواها الطحاوي عن أبي خازم القاضي عنه.

شيوخ أبي حنيفة وأصحابه

تفقه بحمد بن أبي سليمان صاحب إبراهيم النخعي وبغيره وقال: اختلفت إلى حماد خمس عشرة سنة. وفي رواية أخرى عنه قال: صحبته عشرة أعوام أحفظ قوله وأسمع مسائله. وسمع الحديث من عطاء بن أبي رباح بمكة، وقال: ما رأيت أفضل من عطاء. وسمع من عطية العوفي، وعبد الرحمن بن هرمز الأعرج، وعكرمة، ونافع، وعدي بن ثابت، وعمرو بن دينار، وسلمة بن كهيل، وقتادة بن دعامة، وأبي الزبير، ومنصور، وأبي

جعفر محمد بن علي بن الحسين، وعدد كثير من التابعين، تفقه به جماعة من الكبار، منهم زفر بن الهذيل، وأبو يوسف القاضي، وابنه حماد بن أبي حنيفة، ونوح بن أبي مريم المعروف بنوح الجامع، وأبو مطيع الحكم بن عبد الله البلخي، والحسن بن زياد اللؤلؤي، ومحمد بن الحسن، وأسد بن عمرو القاضي، وروى عنه من المحدثين والمقهاء عدة لا يحصون، فمن أقرانه مغيرة بن مقسم، وزكريا بن أبي زائدة، ومسعر بن كدام، وسفيان الثوري، ومالك بن مغول، ويونس بن أبي إسحاق. ومن بعدهم زائدة، وشريك، والحسن بن صالح، وأبو بكر بن عياش، وعيسى بن يونس، وعلي بن مسهر، وحفص بن غياث، وجريز بن عبد الحميد، وعبد الله بن المبارك، وأبو معارية، ووكيع، والمخاري، وأبو إسحاق الفزاري، ويزيد بن هارون، وإسحاق بن يوسف الأزرق، والمعاوية بن عمر، وزيد بن الحباب، وسعد بن الصلت، ومكي بن إبراهيم، وأبو عاصم النبيل، وعبد الرزاق بن همام، وحفص بن عبد الرحمن السلمي، وعبيد الله بن موسى، وأبو عبد الرحمن المقرئ، ومحمد بن عبد الله الأنصاري، وأبو نعيم، وهوذة بن خليفة، وأبو أسامة، وأبو يحيى الحماني، وابن نمير، وجعفر بن عون، وإسحاق بن سليمان الرازي، وخلائق.

عبادة أبي حنيفة

قد تواتر قيامه الليل وتهجده وتعبده رحمه الله تعالى. قال يعقوب بن شيبة: حدثني بكر، سمعت أبا عاصم النبيل يقول: كان أبو حنيفة يسمى الوند لكثرة صلاته. وقال حرب بن أبي الوركاء: سمعت علي بن إسحاق السمرقندي سمعت أبا يوسف يقول: كان أبو حنيفة يختم القرآن في كل ليلة في ركعة. هذه حكاية غريبة والمحموظ ما رواه بشر بن الوليد الكندي عن أبي يوسف قال: كنت أمشي مع أبي حنيفة إذ سمعت رجلاً يقول لآخر: هذا أبو حنيفة لا ينام الليل. فقال أبو حنيفة: والله لا يتحدث عني بما لا أفعل! فكان يحيى الليل صلاة ودعاء وتضرعاً.

وروى حبان بن بشر عن حكام بن سلم عن أبي سفيان قال: كنا نختلف إلى عمرو ابن مرة فكان أبو حنيفة يصلي العشاء والفجر بطهر واحد.

وروى يحيى الحماني عن أبيه أنه قال: صحبت أبا حنيفة ستة أشهر فما رأيته صلى الغداة إلا بوضوء العشاء الآخرة، وكان يختم القرآن كل ليلة عند السحر. وقال إبراهيم بن سعيد الجوهري: ثنا المثنى بن رجاء عن أم حميد حاضنة ولد أبي حنيفة قالت: قالت أم ولد أبي حنيفة: ما توسد أبو حنيفة فراشاً بليل مذ عرفته، وإنما كان نومه بين الظهر والعصر في الصيف وبالليل في مسجده أول الليل في الشتاء. وعن أبي عبد الرحمن

المقرئ قال: لو رأيت أبا حنيفة يصلي علمت أن الصلاة من منه. وقال حبان بن المغلس: سمعت الحسين الجعفي وسأله رجل: أكان أبو حنيفة يؤمن بالبعث؟ فقال: أخبرني من شاهده وهو يردد هذه الآية: ﴿قَمَرَ اللَّهُ عَلَيْنَا وَزَقَّنَا عَذَابَ السَّمُومِ﴾ [الطور: ٢٧] وهو يبكي ويقول: اللهم من علينا وقتنا عذاب السموم يا رحيم. وعن سلم بن سالم البلخي عن أبي الحويرية قال: صحبت أبا حنيفة ستة أشهر فما رأيته ليلة واحدة وضع جنبه. وقال ابن أبي العوام القاضي في فضائل أبي حنيفة: ثنا الطحاوي، ثنا أحمد بن أبي عمران، ثنا محمد بن شجاع عن الحسن بن زياد عن أبي حنيفة قال: ربما قرأت في ركعتي الفجر حزبين من القرآن. قال علي بن حفص البزاز: سمعت حفص بن عبد الرحمن، سمعت مسعراً يقول: دخلت المسجد فرأيت رجلاً يصلي فاستحليت قراءته فوقفت حتى قرأ سبعاً فقلت يركع، ثم بلغ الثلث فقلت يركع، ثم بلغ النصف، فلم يزل على حاله حتى ختم القرآن في ركعة فنظرت فإذا هو أبو حنيفة. (قال) إبراهيم بن رستم المروزي: سمعت خارجة بن مصعب يقول: ختم القرآن في ركعة [أربعة من الأئمة]: عثمان بن عفان، وتميم الداري، وسعيد بن جبير، وأبو حنيفة رحمه الله. وعن يحيى بن نصر قال: ربما ختم أبو حنيفة القرآن في رمضان ستين مرة.

محمد بن سماعة عن محمد بن الحسن عن القاسم بن معن أن أبا حنيفة قام ليلة يردد قوله تعالى: ﴿بَلِ السَّاعَةُ مَوْعِدُهُمْ وَالسَّاعَةُ أَدْهَى وَأَمَرُّ﴾ [القمر: ٤٦]. ويكي ويتضرع إلى الصباح. وقال محمد بن حماد بن المبارك المصيصي في سيرة أبي حنيفة: قال محمد بن مليح بن وكيع بن الجراح: ثنا يزيد بن كميت، سمعت رجلاً يقول لأبي حنيفة: اتق الله! فانتفض واصفر وأطرق وقال: جزاك الله خيراً، ما أحوج الناس كل وقت إلى من يقول لهم مثل هذا! (وقال يزيد بن كميت) فتح غلام لأبي حنيفة يوماً رزمة خبز فإذا الأخضر والأحمر والأصفر، فقال الغلام: نسأل الله الجنة. فبكى أبو حنيفة حتى احتلج صدغاه ومنكباه وأمر بعلق الدكان وقام مغطى الرأس مسرعاً، فلما كان من الغد جلست إليه فقال: يا أخي ما أحرأنا! يقول أحدنا نسأل الله الجنة! إنما يسأل الله الجنة من راض نفسه -يعني ذلها- إنما يريد مثلنا أن يسأل الله العفو. وروى الخطيب في تاريخه من جهة أسد ابن عمرو قال: صلى أبو حنيفة فيما حفظ عليه صلاة الفجر بوضوء العشاء أربعين سنة، فكان عامة الليل يقرأ جميع القرآن في ركعة، وكان يسمع بكأؤه بالليل حتى يرحمه جيرانه، وحفظ عليه أنه ختم القرآن في الموضع الذي توفي فيه سبعة آلاف مرة أخبرني بهذا المسلم بن علان لإجازة، أنا أبو اليمن الكندي، أنا أبو منصور الشيباني، أنا أبو بكر

الخطيب، أنا علي بن المحسن، أنا أحمد بن محمد بن يعقوب الكاغدي، ثنا عبد الله بن محمد الحارثي ببخارى، أنبأ أحمد بن الحسين البلخي، ثنا حماد بن قريش، سمعت أسد بن عمرو فذكره، وقال مسعر بن كدام: رأيت أبا حنيفة قرأ القرآن في ركعة. وعن ابن المبارك قال: مكث أبو حنيفة مدة يصلي الخمس بوضوء واحد.

وقال بعضهم: قال حماد بن أبي حنيفة: لما غسل الحسن بن عماره أبي قال: غفر الله لك لم تفطر منذ ثلاثين سنة، ولم تتوسد يمينك بالليل منذ أربعين سنة، ولقد أتعت من بعدك وفضحت القراء. وقال حامد بن آدم المروزي: سمعت ابن المبارك يقول: ما رأيت أروع من أبي حنيفة، وقد جرب بالسياط والأموال. وقال محمد بن أحمد بن يعقوب ابن شيبه: ثنا جدي، أخبرني عبد الله بن الحسن بن المبارك عن إسماعيل بن حماد بن أبي حنيفة قال: مررت مع أبي بالكناسة فبكى. فقلت له: يا أبت ما يبكيك؟ قال: يا بني في هذا الموضع ضرب ابن هبيرة جدك عشرة أيام في كل يوم عشرة أسواط على أن يلي القضاء فلم يفعل. [وقال أحمد بن منصور الرمادي: ثنا عبد الرزاق قال: ما رأيت أحداً أحلم من أبي حنيفة، كنا جلوساً معه في مسجد الخيف فسأله رجل عن مسألة فافتاه، فقال الرجل: قال الحسن البصري كذا وكذا. فقال [أبو حنيفة]: أخطأ الحسن، فجاء رجل مغطى الوجه فقال: يا ابن الفاعلة تقول أخطأ الحسن! فهم الناس به فقال [أبو حنيفة]: أقول أخطأ الحسن وأصاب ابن مسعود. قال محمد بن مريح بن وكيع: نا يزيد بن كميت، سمعت أبا حنيفة وشتمه رجل واستطال عليه وقال له: يا كافر يا زنديق. فقال أبو حنيفة: غفر الله لك هو يعلم مني خلاف ما تقول. (قال) إبراهيم بن عبد الله الهروي: سمعت يزيد بن هارون يقول: ما رأيت أحداً أحلم من أبي حنيفة. الواقدي: ثنا القاسم بن معن قال أخذ ابن هبيرة أبا حنيفة فأرادته على ولاية القضاء فأبى فحبسه، فقيل لأبي حنيفة إنه حلف أن لا يخرجك حتى تلي له، وإنه يريد بناءً، فتول له عد اللين. فقال: لو سألتني أن أعد له أبواب المسجد لم أفعل. وقال علي بن معبد بن شداد: ثنا عبيد الله بن عمرو الرقي قال: ضرب ابن هبيرة أبا حنيفة على أن يلي القضاء فأبى، فقال الناس: استتابه. وذكر أبو حنيفة [عند ابن المبارك] فقال: ماذا يقال في رجل عرضت عليه الدنيا والأموال فنيذها، وضرب بالسياط فصبر عليها، ولم يدخل فيما كان غيره يستدعيه! محمد بن شجاع الثلجي: حدثني حبان رجل من أصحاب أبي حنيفة قال: قال أبو حنيفة حين ضرب ليلي القضاء: ما أصابني في ضربتي شيء أشد علي من غم والدي وكان بها برأ. يعقوب بن شيبه: ثنا عبد الله بن الحسن بن المبارك، نا بشر بن الوليد قال: أشخص

المنصور أبا حنيفة فأرادَه على أن يوليه فأبى فحلف عليه ليفعلن وحلف أبو حنيفة أن لا يفعل. فقال الربيع الحاجب: ألا ترى أمير المؤمنين يحلف؟ قال: أمير المؤمنين على كفارة أيمانه أقدر مني. فأبى أن يلي، فأمر به إلى السجن فمات فيه، ودفن في مقابر الخيزران. رواها يعقوب بن شيبة عن بشر، ورواها أيضاً إبراهيم بن أبي إسحاق الزهري الكوفي عن بشر، فزاد فيها: فسجن ثم دفعه إلى حميد الطوسي شرطيه فأراد أن يؤذيه فقال: يا شيخ إن أمير المؤمنين يدفع إليّ الرجل ويقول لي اقتله أو اقطعه أو اضربه ولا علم لي بقصته؟ فقال أبو حنيفة: هل يأمرك أمير المؤمنين بأمر قد وجب أو بأمر لم يجب؟ قال: بل بما قد وجب. قال: فإذا أَمَرَكَ بقتل واجب أو ضرب متعين فبادر إليه فإنك مأجور في ذلك. يحى الحماني عن أبيه قال: كان أبو حنيفة يضرب على أن يلي القضاء فيأبى، ولقد سمعته يبكي وقال: أبكي غمًا على والدي! وعن مغيث بن بديل قال: دعا أبو جعفر أبا حنيفة إلى القضاء فامتنع فقال: أترغب عما نحن فيه؟ فقال: لا أصلح للقضاء. قال له: كذبت. قال: قد حكم عليّ أمير المؤمنين أني لا أصلح لأنه نسبني إلى الكذب، فإن كنت كاذبًا فلا أصلح، وإن كنت صادقًا فقد أخبرتك أني لا أصلح. فحبسه.

إسماعيل بن أبي أويس: سمعت الربيع بن يونس يقول: رأيت المنصور ينازل أبا حنيفة في أمر القضاء فقال: والله ما أنا بمأمون الرضا فكيف أكون بمأمون الغضب فلا أصلح لذلك. فقال: كذبت أنت تصلح. قال: وكيف يحل لك أن تولي من يكذب. قال أبو بكر الخطيب: وقيل إنه ولي القضاء يومين [ولم يأت فيه أحد، وقضى في اليوم الثالث] في قضية واحدة، ثم اشتكى ستة أيام [ثم مات]. وقال أبو عبد الله الصيمري الفقيه بسند له: لم يقبل أبو حنيفة العهد بالقضاء فضرب مائة سوط وحبس ومات في السجن، كذا قال وقيل حملت إليه عشرة آلاف فوضعت له في الدار فاغتم ولم ينطق، ومكثت تلك البدرة في مكانها، فلما مات أبو حنيفة حملها ولده حماد إلى الذي جاء بها وهو الحسن بن قحطبة فقال: هذه وديعتك. فنظر إليها الحسن وقال: رحم الله أباك! لقد شح على دينه إذ شحت به أنفـس أقوام. ويروى أن ابن هبيرة لما بلغه أن أبا حنيفة حلف أنه لا يتولى القضاء فقال: يعارض يميني بيمينه؟! فأمر به فـضرب عشرين سوطاً على رأسه، فقال: اذكر مقامك بين يدي الله فإنه أذل من مقامي بين يديك، فلا تهدر دمي فإني أقول لا إله إلا الله. فأومأ إلى الجلاد أمسك، فأصبح أبو حنيفة في السجن وقد انتفخ رأسه ووجهه من الضرب. وقيل غير ذلك.

محمد بن عليّ بن عفان العامري: ثنا الوليد بن حماد اللؤلؤي، ثنا الحسن بن زياد

اللؤلؤي، سمعت أبا يوسف يقول: اجتمعنا عند أبي حنيفة في يوم مطير في ليل (من أصحابه) منهم داود الطائي، والقاسم بن معن، وعافية بن يزيد، وحمص بن عبات (ووكيع بن الجراح ومالك بن مغول) وزفر، فأقبل علينا بوجهه وقال: أتم مسار قنبي، وجلاء حزني، وأسرجت لكم الفقه وأجمته، وقد تركت الناس يظنون أعقابكم، ويلتمسون أفاضلكم، ما منكم واحد إلا وهو يصلح للقضاء: فسألتكم بالله وبقدر ما وهب الله لكم من جلاله العلم لما صتموه عن ذل الاستنجار، وإن بُلي أحد منكم بالقضاء فعلم من نفسه خربة سترها الله عن العباد لم يجز قضاؤه، ولم يطب له رزقه، فإن دفعته ضرورة (إلى الدخول فيه) فلا يحتجبن عن الناس وليصل الخمس في مسجده، وينادي عند كل صلاة: من له حاجة؟ فإذا صلى العشاء نادى ثلاثة أصوات: من له حاجة؟ ثم دخل إلى منزله، فإن مرض مرضاً لا يستطيع الجلوس معه أسقط من رزقه بقدر مرضه، وأبما إمام غل فيماً أو جار في حكم بطلت إمامته ولم يجز حكمه. عن الحسن بن زياد قال أبو حنيفة: إذا ارتشى القاضي فهو معزول وإن لم يعزل.

ذكر من وصفه بالفقه

عن الأعمش أنه سئل عن مسألة فقال: إنما يحسن هذه النعمان بن ثابت الخزاز، وأظنه بورك له في علمه.

يوسف بن موسى، سمع جريراً يقول: كان الأعمش إذا سئل عن الدقائق أرسلهم إلى أبي حنيفة وقد قال مغيرة له: ألا تأتي أبا حنيفة.

يحيى بن أكثم عن جرير قال: قال لي مغيرة: جالس أبا حنيفة تفقه فإن إبراهيم لو كان حياً لجالسه.

شبابه بن سوار قال: كان شعبة حسن الرأي في أبي حنيفة كثير الترحم عليه. عبيد الله بن موسى سمعت مسعراً يقول: رحم الله أبا حنيفة إن كان لفقياً عالماً. حسين الجعفي سمعت زائدة [بن قدامة] يقول: النعمان بن ثابت فقيه البدن، لم يعد ما أدرك عليه أهل الكوفة. وعن أبي بكر بن عياش قال: كان النعمان بن ثابت أفقه أهل زمانه. أبو نعيم، سمعت علي بن صالح بن حيي يقول -لما مات أبو حنيفة-: ذهب مفتي العراق وفقهها. بشر الحافي: سمعت عبد الله بن داود الخريبي يقول: إذا أردت الآثار فسفيان الثوري، وإذا أردت تلك الدقائق فأبو حنيفة. روح بن عباد قال: كنت عند ابن حريح فقيل له: مات أبو حنيفة. فقال: رحمه الله لقد ذهب معه علم كثير. المثني بن رجاء: سمعت سعيد بن أبي عروبة يقول: كان أبو حنيفة عالماً العراق. قال يزيد بن هارون: أفقه

من رأيت أبو حنيفة. وعن شداد بن حكيم: ما رأيت أعلم من أبي حنيفة في زمانه. الحلواني قلت لأبي عاصم النبيل: أبو حنيفة أفقه أو سفيان؟ فقال: أبو حنيفة. عبد الرزاق قال: قال ابن المبارك: إن كان (الاحتياج) إلى الرأي فهو أسدُّهم [رأيًا]. وعن ابن المبارك قال: لولا أن الله قد أدركني بأبي حنيفة وسفيان لكنت بدعيًا. يحيى بن آدم، سمعت الحسن بن صالح يقول: كان أبو حنيفة فهمًا بعلمه، متثبتًا فيه، إذا صح عنه الخبر عن رسول الله ﷺ لم يعده إلى غيره.

المزني وغيره، سمعت الشافعي يقول: الناس عيال على أبي حنيفة في الفقه.

إسحاق بن يهلول، سمعت ابن عيينة يقول: ما مقلت عيني مثل أبي حنيفة. إبراهيم بن عبد الله المروزي الخلال، سمعت ابن المبارك يقول: كان أبو حنيفة آية. أحمد بن الصباح، سمعت الشافعي يقول: قيل لمالك: هل رأيت أبا حنيفة؟ قال: نعم رأيت رجلاً لو كلمك في هذه السارية أن يجعلها ذهبًا لقام بحجته. أحمد بن محمد بن مغلس: ثنا محمد بن مقاتل، سمعت ابن المبارك يقول: إن كان الأثر قد عرف واحتج إلى الرأي فرأي مالك وسفيان وأبي حنيفة، وأبو حنيفة أحسنهم وأدقهم فطنة وأغوصهم على الفقه وهو أفقه الثلاثة.

سلمة بن شبيب، سمعت عبد الرزاق، سمعت ابن المبارك يقول: إن كان أحد ينبغي له أن يقول برأيه فأبو حنيفة. وقال حبان بن موسى: سئل ابن المبارك أمالك أفقه أم أبو حنيفة؟ فقال: أبو حنيفة.

بشر الحافي قال: قال الخريبي: ما يقع في أبي حنيفة إلا جاهل أو حاسد. أبو مسلم الكجي، عن محمد بن سعد الكاتب عن الخريبي أنه قال: يجب على أهل الإسلام أن يدعوا الله لأبي حنيفة في صلاتهم. وعن مكِّي بن إبراهيم قال: كان أبو حنيفة أعلم أهل زمانه. يحيى بن معين سمعت يحيى بن سعيد القطان يقول: لا نكذب الله ما سمعنا أحسن من رأي أبي حنيفة وقد أخذنا بأكثر أقواله. يحيى بن أبي طالب، سمعت علي بن عاصم يقول: لو وزن علم أبي حنيفة بعلم أهل زمانه لرجح.

طلق بن غنام النخعي سمعت حفص بن غياث يقول: كلام أبي حنيفة أدق من الشعر لا يعيه إلا جاهل.

الحميدي: سمعت سفيان بن عيينة يقول: شيان ما ظننتهما أن يتجاوزا قنطرة الكوفة: قراءة حمزة، ورأي أبي حنيفة وقد بلغا الأناق.

ومن قوله في الرأي

نعيم بن حماد، سمعت أبا عصمة -وهو نوح الجامع- قال: سمعت أبا حنيفة يقول: ما جاء عن رسول الله ﷺ فعلى الرأس والعين، وما جاء عن الصحابة اخترنا، وما كان من غير ذلك فهم رجال ونحن رجال. جماعة قالوا: قال ابن معين: سمعت عبيد بن أبي قرة. سمعت يحيى بن الضريس يقول: شهدت الثوري وأتاه رجل فقال: ما تنقم على أبي حنيفة؟ قال: وما له؟ قال: سمعته يقول: آخذ بكتاب الله فما لم أجد فبسنة رسول الله [والآثار الصحاح عنه التي فشت في أيدي الثقات عن الثقات] فإن لم أجد فبقول أصحابه آخذ بقول من شئت، وأما إذا انتهى الأمر إلى إبراهيم والشعبي والحسن وعطاء فأجتهد كما اجتهدوا. فسكت سفيان طويلاً ثم قال كلمات ما بقي أحد في المجلس إلا كتبها: نسمع الشديد من الحديث فنخافه، ونسمع اللين فنرجوه، ولا نحاسب الأحياء، ولا نقضي على الأموات، نسلم ما سمعنا ونكل ما لم نعلمه إلى عالمه، ونتهم رأينا لرأيهم.

وكيع، سمعت أبا حنيفة يقول: البول في المسجد أحسن من بعض القياس. محمد بن شجاع الثلجي، سمعت إسماعيل بن حماد بن أبي حنيفة يقول: قال أبو حنيفة: هذا الذي نحن فيه رأي لا نجبر عليه أحداً ولا نقول يجب على أحد قبوله فمن كان عنده أحسن منه فليأت به.

الحسن بن زياد اللؤلؤي قال: قال أبو حنيفة: علمنا هذا رأي وهو أحسن ما قدرنا عليه، ومن جاءنا بأحسن منه قبلناه منه. قال ابن حزم: جميع أصحاب أبي حنيفة مجمعون على أن مذهب أبي حنيفة أن ضعيف الحديث أولى عنده من القياس والرأي. قال عبيد الله بن عمرو الرقي: كنا عند الأعمش وعنده أبو حنيفة فسئل الأعمش عن مسألة فقال: أنته يا نعمان. فأفتاه أبو حنيفة. فقال: من أين قلت هذا؟ قال: لحديث حدثناه أنت! ثم ذكر له الحديث، فقال له الأعمش: أنتم الأطباء ونحن الصيادلة.

أحمد بن أبي خيثمة: نا إبراهيم بن بشار، عن سفيان بن عيينة قال: مررت بأبي حنيفة في المسجد وإذا أصحابه حوله قد ارتفعت أصواتهم فقلت: ألا تنهاهم عن رفع الصوت في المسجد؟ قال: دعهم فإنهم لا يتفقهون إلا بهذا.

فصل

قال عمر بن شبة: حدثني أبو نعيم، سمعت زفر بن الهذيل يقول: كان أبو حنيفة يجهر في أمر إبراهيم بن عبد الله بن حسن جهراً شديداً فقلت: والله ما أنت بهته حتى

٢٠ — ترجمة الإمام أبي حنيفة للحافظ الذهبي

نؤتي فتوضع في أعناقنا الحبال. قال أبو نعيم: فغدوت أريد أبا حنيفة فلقينته راكنا يريد وداع عيسى بن موسى قد كاد وجهه يسود، فقدم بغداد فأدخل غلى المنصور. محمد بن شجاع الثلجي، سمعت الحسن بن أبي مالك، سمعت أبا يوسف، سمعت أبا حنيفة يقول: يقدم علينا من هذا الوجه صنفان - يعني من خراسان - : الجهمية والمشبهة. النصر بن محمد عن أبي حنيفة أنه قال: جهنم ومقاتل كانا فاسقين. أفرط هذا في التشبيه وهذا في النفي. قال أبو يوسف: قال أبو حنيفة: لا ينبغي للرجل أن يحدث من الحديث إلا ما يحفظه من وقت ما سمعه. شعيب بن أيوب الصريفي: ثنا أبو يحيى الحماني. سمعت أبا حنيفة يقول: رأيت رؤيا أفرعتني رأيت كأنني أنبش قبر النبي ﷺ، فأتيت البصرة فأمرت رجلا يسأل محمد بن سيرين فقال: هذا رجل ينشر أخبار رسول الله ﷺ. وفي رواية: هذا رجل ينشر علم النبوة. وروى محمد بن شجاع الثلجي عن الحسن بن أبي مالك عن أبي يوسف قال: رأى أبو حنيفة كأنه ينش قبر النبي ﷺ ثم يأخذ عظامه يجمعها ويؤلفها فهاله ذلك، فأوصى صديقاً له إذا قدم البصرة أن يسأل ابن سيرين، فسأله فقال: هذا رجل يجمع سنة النبي ويحييها. وقال علي بن عاصم: سمعت أبا حنيفة يقول: رأيت كأنني نبشت قبر النبي ﷺ فجزعرت وخفت أن يكون ردة عن الإسلام، فجهزت رجلاً إلى البصرة فقص على ابن سيرين الرؤيا، فقال: إن صدقت رؤيا هذا الرجل فإنه يرث علم نبي.

ابن أبي رزمة عن عبدان أنه سمع ابن المبارك يقول: إذا سمعتم يذكر أبا حنيفة بسوء ساءني ذلك وأخاف عليهم المقت من الله تعالى.

علي بن معبد ثنا الشافعي قال: قال الليث بن سعد: كنت أسمع بذكر أبي حنيفة فأتيت أن أراه، فلاني لبمكة إذ رأيت الناس متقصفين على رجل، فسمعت رجلاً يقول: يا أبا حنيفة. فقلت: إنه هو. فقال: إني ذو مال وأنا من خراسان ولي ابن أزوجه المرأة وأنفق عليه المال الكثير فيطلقها فيذهب مالي، وأشتري له الجارية بالمال الكثير فيعتقها فيذهب مالي فهل من حيلة؟ قال أبو حنيفة: أدخله سوق الرقيق فإذا وقعت عينه على جارية فاشترها لنفسك ثم زوجها إياه فإن طلقها رجعت مملوكة لك وإن أعتقها لم يجز عتقه. قال الليث: فوالله ما أعجبتني صوابه كما أعجبتني سرعة جوابه. وروى نحوها الطحاوي بإسناد آخر إلى الليث.

محمد بن شجاع، سمعت علي بن عاصم يقول: لو وزن عقل أبي حنيفة بعقل نصف أهل الأرض لرجح بهم.

قال الطحاوي: سمعت محمد بن العباس وأحمد بن أبي عمران يذكران أن

إسماعيل بن محمد بن حماد قال: شككت في طلاق امرأتي فسألت شريكاً فقال: طلقها وأشهد على رجعتها، ثم سألت سفيان الثوري فقال لي: [أذهب فراجعها] فإن كنت طلقتها فقد راجعتها ثم سألت زفر بن الهذيل فقال لي: هي امرأتك حتى تبقي طلاقها، فأتيت أبا حنيفة فقال لي: أما سفيان فأفتاك بالورع، وأما زفر فأفتاك بعين الغفلة، وأما شريك فهو كرجل قلت له لا أدري أصاب ثوبي بول أم لا فقال لك: بل على ثوبك واغسله.

محمد بن شجاع، سمعت الحسن بن زياد اللؤلؤي يقول: أتيت داود الطائفي أنا وحماد بن أبي حنيفة فجرى ذكر شيء فقال داود لحماد: يا أبا إسماعيل مهما تكلم فيه المتكلم بشيء رجاء أن يسلم منه فليحذر أن يتكلم في القرآن إلا بما قال الله عز وجل فيه، فلقد سمعت أباك يقول: أعلمنا الله أنه كلامه فمن أخذ بما علمه الله فقد استمسك بالعروة الوثقى فهل بعد التمسك بالعروة الوثقى إلا السقوط في الهلكة؟! فقال حماد لداود: جزاك الله خيراً فنعم ما أشرت به.

علي بن الحسن بن شقيق حدثني إسحاق بن الحسن الكوفي قال: جاء رجل إلى سوق الخزازين بالكوفة يسأل عن دكان أبي حنيفة الفقيه، فقال له أبو حنيفة: ليس هو بفقيه هو مفت متكلف. محمد بن شجاع الثلجي، سمعت حبان يقول: أتت امرأة أبا حنيفة بثوب فقال: بكم هو؟ قالت: بمائة درهم. قال لها: هو خير من ذلك. قالت: بمائتين قال: هو خير من ذلك. قالت: بثلاثمائة. قال: هو خير من ذلك. قالت: بأربعمائة. فاشتراه بأربعمائة. وقيل إن رجلاً جاء إلى أبي حنيفة فقال: بعني ثوبين وأحسن بيعي. قال: أي لون تريد؟ فوصف له فقال أنتظرني جمعيتين؟ قال: نعم، فذهب ثم جاءه بعد ذلك فدفع إليه الثوبين وديناراً وقال: إني لم أحسن إليك إني جعلت لك بضاعة فرزقت من عند الله فاحمده. فقالوا لأبي حنيفة فقال: ألم تسمعوا إلى قوله: وأحسن بيعي؟

حدثنا عطاء بن السائب عن سعيد بن جبير قال: إذا قال الرجل للرجل أحسن بيعي فقد اتّمنه.

عبيد بن يعيش: ثنا وكيع قال: كان سفيان إذا قيل له مؤمن أنت قال نعم، وإذا قيل له عند الله قال: أرجو. وكان أبو حنيفة يقول: أنا مؤمن ههنا وعند الله. قال أبو بشر الدولابي: حدثني محمد بن سعدان حدثني الضبي مؤدب المعز قال: كان أبو أسيد يجالس أبا حنيفة، وكان شيخاً عفيفاً مغفلاً فقال مرة في مجلس أبي حنيفة لرجل: ارفع ركبتيك فإني أريد أن أبول وإنما أراد أن يبرز. فقال الرجل لأبي حنيفة: ألا تسمع ما يقول؟ قال

أبو أسيد: أليس يقال إذا جالست العلماء فجالسهم بقلة السكينة والوقار؟ فضحك أبو حنيفة والقوم منه. وكان أبو أسيد جالساً في الشارع إذ مروا ببيكرة سمينة فقال: ليتها لي قالوا: ما تصنع بها؟ قال أختنتها وأنحر ابني! قال وتها يوم الأحد ولبس ثياب يوم الجمعة وتطيب وخرج وجلس إلى صديق له عطار فتحدث عنده ساعة ثم قال: ألا تقوم بنا إلى الجمعة؟ فقال له: يا أبا أسيد اليوم الأحد، الناس يغلطون بيوم وأنت تغلط بالأسبوع كله! قال: ما ظننت إلا أنه الجمعة. قال ومرض فعاده أبو حنيفة فقال: كيف تجدك؟ قال: بخير. قال: أطعموك اليوم شيئاً؟ قال: نعم مرققة رب جميز ورماني! فضحك أبو حنيفة وقال له: أنت في عافية.

داود بن رشيد: ثنا يحيى بن سعيد الأموي عن أبي حنيفة عن حماد عن إبراهيم قال: أخبرني من رأى قبر النبي ﷺ مسنماً عليه أفلاق من حجارة بيض. الطحاوي سمعت أحمد [بن أبي عمران يقول: سمعت هلال بن يحيى يقول: سمعت يوسف] بن خالد السلمي يقول: جالست أبا حنيفة سنتين ونصف سنة فما سمعته لحن في شيء إلا في حرف واحد، زعم أهل اللغة أن له فيه مخرجاً. محمد بن أحمد بن حفص فقيه بخاري، عن أبي وهب محمد بن مزاحم أو غيره، عن ابن المبارك قال: ما لزمنا سفیان حتى جعلت علم أبي حنيفة هكذا، وأشار بقبضة يده. وقال أبو القاسم عبد الله بن محمد بن أبي العوام السعدي قاضي مصر: حدثني إبراهيم بن أحمد الترمذي، سمعت أبا نصر محمد بن محمد بن سلام البلخي، سمعت نصير بن يحيى البلخي يقول: قلت لأحمد بن حنبل: ما الذي تنقم على هذا الرجل؟ قال: الرأي. قلت: فهذا مالك ألم يتكلم بالرأي؟ قال: بلى ولكن رأي أبي حنيفة خلد في الكتب قلت: فقد خلد رأي مالك في الكتب. قال: أبو حنيفة أكثر رأياً منه. قلت: فهلا تكلمتم في هذا بحصته وهذا بحصته؟! فسكت.

فصل في ورعه سوى ما تقدم

قال ابن كاس القاضي: ثنا الحسن بن الحكم الحيري، ثنا علي بن حفص البزاز قال: كان حفص بن عبد الرحمن شريك أبي حنيفة، وكان أبو حنيفة يجهز عليه فبعث إليه أن في ثوب كذا عيباً فإذا بعته فبين، فنسى حفص وباعه من غير تبيان من رجل غريب، وعلم أبو حنيفة فتصدق بجميع شنه. قال أبو نعيم: كان أبو حنيفة حسن الدين عظيم الأمانة. قال محمد بن إسحاق بن خلف البكائي: نا جعفر بن عون وغيره أن امرأة أتت أبا حنيفة تطلب منه ثوب خز فأخرجوه إليها. فقالت: إني امرأة ضعيفة فبعنيه بما تقوم عليك. فقال: خذيه بأربعة دراهم. فقالت: لا تسخر بي. فقال: سبحان الله! إني ابتعت ثوبين فبعت أحدهما برأس

علي بن الحسن بن شقيق عن ابن المبارك قال: سئل أبو حنيفة أي الأعمال أفضل؟ قال: طلب العلم، قيل: ثم أي؟ قال: ما اشتد عليك. وعن خارجة بن مصعب قال: أجاز المنصور أبا حنيفة بعشرة آلاف درهم ودعي ليقبضها فشاوري، ثم قال: هذا رجل إن رددتها عليه غضب وإن قبلتها دخل علي [في ديني] ما أكرهه. فقلت: إن هذا المال عظيم في عينه فإذا دعيت لتقبضها فقل لم يكن هذا أمني من أمير المؤمنين. ففعل ورفع ذلك إلى المنصور فحبسها عنه.

وعن الحسن بن زياد اللؤلؤي قال: والله ما قبل أبو حنيفة لأحد منهم جائزة ولا هدية، يعني الأمراء. محمد بن عبد الملك الدقيقي، سمعت يزيد بن هارون يقول: لم أر أعقل ولا أفضل ولا أروع من أبي حنيفة.

أبو قلابة، سمعت محمد بن عبد الله الأنصاري يقول: كان أبو حنيفة تبين عقله في منطقته وفعله ومشيتته ومدخله ومخرجه. قال عبد الحميد الحماني: ما رأيت أفضل من أبي حنيفة ديناً وورعاً.

محمد بن علي بن عفان، ثنا يحيى بن عبد الحميد الحماني عن أبيه قال: كنت عند أبي حنيفة فجاءه رجل فقال: سمعت سفيان ينال منك ويتكلم فيك. فقال: غفر الله لنا ولسفيان لو أن سفيان فقد في زمن إبراهيم النخعي لدخل على المسلمين ففقه.

محمد بن الصقر بن مالك بن مغول، سمعت إسماعيل بن حماد بن أبي حنيفة يقول: قال أبو حنيفة: استحل مني ابن أبي ليلى ما لا أستحله أنا من بهيمة. أبو يحيى بن أبي ميسرة: ثنا خلاد بن يحيى قال: قال مسعر بن كدام: طلبت مع أبي حنيفة الحديث فغلينا وأخذنا في الزهد فبرع علينا وطلبنا معه الفقه فجاء منه ما ترون. قال ابن كاس: ثنا أبو بكر المروزي، سمعت أبا عبد الله أحمد بن حنبل يقول: لم يصح عندنا أن أبا حنيفة رحمه الله قال القرآن مخلوق. فقلت: الحمد لله يا أبا عبد الله هو من العلم بمنزلة! فقال: سبحان الله! هو من العلم والورع والزهد وإيثار الدار الآخرة بمحل لا يدركه فيه أحمد، ولقد ضرب بالسياط على أن يلي القضاء لأبي جعفر فلم يفعل.

يحيى بن عبد الحميد الحماني، عن أبيه، سمع أبا حنيفة يقول: جهم بن صفوان الخراساني كافر.

فصل في الاحتجاج بحديثه

اختلفوا في حديثه على قولين، فمنهم من قبله ورآه حجة ومنهم من لينه لكثرة

غلطه في الحديث ليس إلا. قال علي بن المديني: قيل ليحيى بن سعيد القطان: كيف كان حديث أبي حنيفة؟ قال: لم يكن بصاحب حديث قلت: لم يصرف الإمام همه لضبط الألفاظ والإسناد وإنما كانت همه القرآن والفقه وكذلك حال كل من أقبل على فن فإنه يقصر عن غيره، من ثم لينوا حديث جماعة من أئمة القراء كحفص، وقالون، وحديث جماعة [من] الفقهاء كابن أبي ليلى، وعثمان البتي، وحديث جماعة من الزهاد كغفرق السنجي، وشقيق البلخي، وحديث جماعة من النحاة، وما ذاك لضعف في عدالة الرجل بل لقلة إتقانه للحديث، ثم هو أنبل من أن يكذب. وقال ابن معين فيما رواه عنه صالح ابن محمد جزرة وغيره، أبو حنيفة ثقة. وقال أحمد بن محمد بن القاسم بن محرز، عن يحيى ابن معين: لا بأس به. وقال أبو داود السجستاني: رحم الله مالكاً كان إماماً، رحم الله أبا حنيفة كان إماماً.

فصل في منثور أخباره

روى الخطيب من طريق أحمد بن عطية: ثنا الحسن بن الربيع ثنا قيس ابن الربيع: كان أبو حنيفة يبعث بالبضائع إلى بغداد فيشتري بها الأمتعة ويحملها إلى الكوفة ويجمع الأرباح عنده من سنة [إلى سنة] فيشتري بها حوائج الأشياخ المحدثين وأقواتهم وكسوتهم [وجميع حوائجهم] ثم يعطيهم ويقول: لا تحمدوا إلا الله [فإني] ما أعطيتكم من مالي شيئاً ولكن من فضل الله عليّ فيكم. قد جاء غير حكاية في جود أبي حنيفة وبذله لتلامذته كأبي يوسف وغيره.

محمد بن علي بن عفان العامري، ثنا ضر بن حداد عن أبي يوسف قال: دعا المنصور أبا حنيفة فقال الربيع الحاجب - وكان يعادي أبا حنيفة - يا أمير المؤمنين هذا يخالف جدك ابن عباس كان يقول: إذا حلف ثم استثنى بعد يوم أو يومين جاز الاستثناء وهذا لا يجوز الاستثناء إلا متصلاً باليمين! فقال أبو حنيفة: يا أمير المؤمنين إن الربيع يزعم أنه ليس لك في رقاب جندك بيعة! قال: وكيف؟ قال: يحلفون لك ثم يرجعون إلى منازلهم فيستثنون فتبطل أيمانهم. فضحك المنصور وقال: يا ربيع لا تعرض لأبي حنيفة.

يحيى بن عبد الحميد الحماني سمعت ابن المبارك يقول: رأيت الحسن بن عمارة أخذاً بركاب أبي حنيفة وهو يقول: والله ما أدركنا أحدًا تكلم في الفقه أبلغ ولا أصبر ولا أحضر جواباً منك، وإنك لسيد من تكلم في وقتك غير مدافع، وما يتكلمون فيك إلا لحسد.

سفيان بن وكيع، سمعت أبي يقول: دخلت على أبي حنيفة فرائته مطرقاً مفكراً فقال

لي: من أين أقبلت؟ قلت: من عند شريك، فأنشأ يقول:

إن يحسدوني فباني غير لائمهم قبلني من الناس أهل الفضل قد حسدوا
فدام لي ولهم ما بي وما بهم ومات أكبرنا غيظًا بما يجد

فصل في وفاة أبي حنيفة

قيل إنه بقي في نفس المنصور من أبي حنيفة لقيامه مع إبراهيم بن عبيد الله على المنصور، وكان أبو جعفر لا يصطلي له بنار، وفيه جبروت وشهامة. قال بشر بن الوليد: مات أبو حنيفة بالسجن ببغداد، ودفن في مقابر الخيزران.

أحمد بن القاسم البرقي، عن بشر بن الوليد، عن أبي يوسف قال: مات أبو حنيفة في نصف شوال سنة خمسين ومائة. وقال الواقدي وغيره: مات أبو حنيفة في رجب سنة خمسين ومائة وله سبعون سنة. وقال الواقدي: مات ببغداد وكنت يومئذ بالكوفة. وقال أبو حسان الزياتي، ويعقوب بن شيبة: مات في رجب سنة خمسين. وجاء عن بعضهم: مات في شعبان. وفي رجب أصبح. وبلغنا أن المنصور سقاه السم فأسود ومات شهيدًا. رحمه الله تعالى.

ومن حديثه

أخبرنا أبو المعالي أحمد بن إسحاق بن محمد [بن المؤيد] الهمداني بمصر أنا أبو القاسم المبارك بن أبي الجود ببغداد، أنا أحمد بن أبي غالب الزاهد، أنا أبو القاسم عبد العزيز بن علي الأنماطي، أنا أبو الطاهر (المخلص) محمد ابن عبد الرحمن الذهبي، سنة ثلاث وتسعين وثلاثمائة، ثنا أبو حامد محمد بن هارون الحضرمي، ثنا إسحاق بن أبي إسرائيل، أنا أبو يوسف، ثنا أبو حنيفة عن علقمة بن مرثد، عن سليمان بن بريدة عن أبيه قال: أتى ماعز ابن مالك رسول الله ﷺ فأقر بالزنا فرده، ثم عاد فأقر بالزنا فرده، فلما كان في الرابعة سأل عنه قومه: هل تنكرون من عقله شيئًا؟ قالوا: لا، فأمر به فرجم في موضع قليل الحجارة، فأبطأ عليه الموت فانطلق يسعى إلى موضع كثير الحجارة، واتبعه الناس فرجموه حتى قتلوه، ثم ذكروا شأنه لرسول الله ﷺ وما يصنع؟ فقال: «فلولا خليتم سبيله؟» قال فسأل قومه رسول الله ﷺ واستأذنوه في دفنه والصلاة عليه فأذن لهم في ذلك وقال: «لقد تاب توبة لو تابها فنام من الناس قبل منهم». أخبرنا العباس بن أحمد بن عبد الرحمن، وأبو الفداء إسماعيل بن عبد الرحمن، وأبو عبد الله محمد بن خازم الحنبليون قالوا: أنا أبو القاسم الحسين بن هبة الله التغلبي. زاد أبو الفداء

ترجمة الإمام أبي حنيفة للحافظ الذهبي

فقال: وأنا أبو محمد بن قدامة قال: أنبأ أبو المكارم عبد الواحد بن محمد بن هلال، أنا أبو الفضل عبد الكريم ابن المؤمل الكفرطابي حضوراً، سنة اثنتين وتسعين وأربعمائة، أنا عبد الرحمن بن عثمان التميمي، أنا خيثمة بن سليمان القرشي بدمشق، أنا إسحاق بن سيار بنصيبين، ثنا عبيد الله بن موسى عن أبي حنيفة عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: نهى رسول الله ﷺ يوم خيبر عن متعة النساء.

ومن الملمات المبشرة لأبي حنيفة

قال القاسم بن غسان القاضي: ثنا أبي ثنا أبو نعيم، قال: دخلت على الحسن بن صالح يوم موت أخيه فرأيتَه يستطعم شيئاً من رجل ويضحك، فقلت: تدفن أخاك علياً غدوة وتضحك آخر النهار! قال: ليس على أخي من بأس. قلت: وكيف ذاك؟ قال: دخلت عليه فقلت: كيف تجدك؟ قال: مع الذين أنعم الله عليهم من النبيين والصديقين [وحسن أولئك رفيقاً] فتوهمته يتلو الآية، ثم قلت: يا أخي: كيف تجدك؟ قال: مع الذين أنعم الله عليهم وأعاد الآية، فقلت: أنقراً أم ترى شيئاً؟ قال: أفلا ترى ما أرى؟ قلت: لا، [فماذا ترى]؟ قال: بلى ورفع يده فقال: [هذا] نبي الله محمد ﷺ يضحك إلي ويُبشّرني بالجنة وهؤلاء الملائكة معه [كذلك] بأيديهم حلل السندس والإستبرق وهؤلاء الحور العين متحليات مترينات ينتظرن متى أصير إليهن. فتكلم بهذا وقضى رحمة الله عليه، فلماذا أحزن عليه وقد صار إلى نعيم؟ قال أبو نعيم: فلما كان بعد أيام صرت إلى الحسن بن صالح فقال [إني حين رأيته] يا أبا نعيم علمت أنني رأيت أخي البارحة [في منامي كأنه صار إلي] وعليه ثياب خضر فقلت [له يا أخي]: أليس قد مت قال: بلى. قلت فما هذه الثياب التي عليك؟ قال: السندس والإستبرق، ولك يا أخي عندي مثلها. قلت: ماذا فعل بك ربك؟ قال: غفر لي وباهى بي وبأبي حنيفة ﷺ الملائكة. قلت: أبو حنيفة النعمان بن ثابت؟ قال: نعم. قلت: وأين منزله؟ قال: نحن في جوار في أعلى عليين. قال القاسم: قال أبي: فكان أبو نعيم إذا ذكر أبا حنيفة ذكر بين يديه يقول: بخ بخ في أعلى عليين!

أبو بشر الدولابي: ثنا أحمد بن القاسم البرقي، حدثني أبو علي أحمد بن محمد بن أبي رجاء، سمعت أبي يقول: رأيت محمد بن الحسن في المنام فقلت: إلام صرت؟ قال: غفر لي. قلت: ثم؟ قال: قيل لي: لم نجعل هذا العلم فيك إلا ونحن نغفر لك. قلت: فما فعل أبو يوسف؟ قال: فوقنا بدرجة. قلت: فأبو حنيفة؟ قال: في أعلى عليين.

محمد بن حماد المصيصي مولى بني هاشم حدثني إبراهيم بن واقد، ثنا المطلب بن زياد، أخبرني جعفر بن الحسن إمامنا قال: رأيت أبا حنيفة في النوم فقلت له: ما فعل الله

بك يا أبا حنيفة؟ قال: غفر لي. قلت له: بالعلم؟ قال: ما أضر الفتوى على صاحبها! قلت: بم؟ قال: بقول الناس في ما لم يعلمه مني.

محمد بن حماد أيضاً، ثنا محمد بن إبراهيم الليثي، ثنا حسين الجعفي، ثنا عباد الثمار، قال: رأيت أبا حنيفة في النوم فقلت: إلام صرت؟ قال: إلى سعة رحمته. قلت: بالعلم؟ قال: هيهات! للعلم شروط وآفات قل من ينجو. قلت: فبم ذاك؟ قال بقول الناس في ما لم أكن عليه. والله أعلم بالصواب.

ترجمة الإمام أبي يوسف

يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الأنصاري
المتوفى ١٨٢ هـ

تأليف
الإمام الحافظ
أبي عبد الله شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز الذهبي
المتوفى ٧٤٨ هـ

تحقيق
أحمد فريد المنزلي

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله العدل في قضائه، المتطول بنعمائه، العلي في كبريائه. وصلى الله على محمد أشرف أنبيائه. وسلم تسليمًا إلى يوم لقائه.

هذه ترجمة الإمام أبي يوسف القاضي يعقوب بن إبراهيم بن حبيب بن حبش بن سعد بن بجير بن معاوية الأنصاري. عرض سعد بن بجير يوم أحد على النبي ﷺ فاستصغره. وهو سعد بن حبة شهد الخندق وما بعدها، وإن حبة هي ابنة حوات بن جبير الأنصاري، ونسب سعد في بجيلة وإنما حالف الأنصار. ومن ولده النعمان بن سعد الراوي عن علي عليه السلام، وأخوه خنيس بن سعد. ولد أبو يوسف سنة ثلاث عشرة ومائة بالكوفة، وكتب العلم عن طائفة من التابعين، فسمع من هشام بن عروة، ويحيى بن سعيد، والأعمش، ويزيد بن أبي زياد، وعطاء بن السائب، وعبيد الله بن عمرو أبي إسحاق الشيباني، وحجاج بن أرطاة وطبقتهم. وتفقه بأبي حنيفة، وهو أجل أصحابه. تفقه عليه عدد كثير، وروى عنه بشر بن الوليد، وابن ساعدة، ويحيى بن معين، وعلي بن الجعد، وأحمد بن حنبل، وعمرو الناقد، وأحمد بن منيع، وعلي بن مسلم الطوسي، والحسن بن أبي مالك، وهلال الرأي وإبراهيم بن الجراح، ومعلي بن منصور الرزازي. وأسد بن الفرات، وعمرو بن أبي عمرو الحراني. وأجل أصحابه محمد بن الحسن. ولي قضاء بغداد لموسى الهادي ثم ولي القضاء هارون الرشيد. وعلا شأنه، وهو أول من دعي قاضي القضاة. قال مكرم القاضي: ثنا عبد الصمد بن عبيد الله، عن علي بن حرملة التيمي، عن أبي يوسف قال: كنت أطلب الحديث والفقه وأنا مقل فجاء أبي يومًا وأنا عند أبي حنيفة فقال: يا بني لا تَمُدَّنْ رجلك مع أبي حنيفة، فإن خبزه مشوي وأنت محتاح إلي المعاش، فأثرت طاعة أبي فتفقدني أبو حنيفة فجعلت أتعاهد مجلسه. فلما أتيت دفع إلي مائة درهم وقال لي: الزم الحلقة فإذا نفدت هذه فأعلمني، ثم دفع إلي بعد مدة يسيرة مائة أخرى ثم كان يتعاهدني. وحكى أن أمه هي التي أنكرت عليه وأن أباه مات وهو صغير وأنها أسلمته عند قصار. فالحمد لله أعلم.

ثناء الأئمة على أبي يوسف

ذكر أسد بن الفرات عن محمد بن الحسن قال: مرض أبو يوسف فعاده أبو حنيفة فلما خرج قال: إن يموت هذا الفتى فهو أعلم من عليها وأومأ إلى الأرض. عاصم الدوري سمعت أحمد بن حنبل يقول: أول ما كتبت الحديث اختلفت إلى أبي يوسف القاضي فكتب عنه، ثم اختلفت بعد إلى الناس. قال وكان أبو يوسف أميل إلينا من أبي حنيفة ومحمد.

إبراهيم بن أبي داود البرلسي: سمعت يحيى بن معين يقول: ما رأيت في أصحاب الرأي أثبت في الحديث ولا أحفظ ولا أصح رواية من أبي يوسف. وأبو حنيفة صدوق غير أن في حديثه ما في حديث المشايخ - يعني من الغلط - عباس الدوري، سمعت ابن معين يقول: أبو يوسف صاحب حديث صاحب سنة. محمد بن سماعة، عن يحيى بن خالد قال: قدم علينا أبو يوسف وأقل ما فيه الفقه، وقد ملأ بفقهه ما بين الخافقين. بشر بن الوليد سمعت أبا يوسف يقول: سألت الأعمش عن مسألة فأجبت عنها، فقال لي: من أين قلت هذا؟ قلت: لحديث حدثناه أنت. فقال: يا يعقوب إني لأحفظ هذا الحديث قبل أن يجتمع أبواك فما عرفت تأويله إلا الآن.

ابن الثلجي، سمعت عبد الله بن داود الخريبي يقول: كان أبو يوسف قد اطلع على الفقه أو العلم اطلاعاً يتناوله كيف يشاء.

عمرو بن محمد الناقد قال: ما أحب أروى عن أحد من أصحاب الرأي إلا عن أبي يوسف فإنه كان صاحب سنة. يحيى بن يحيى النيسابوري سمعت أبا يوسف يقول عند وفاته: كل ما أفنيت به فقد رجعت عنه إلا ما وافق الكتاب والسنة.

حنبل سمعت أحمد بن حنبل يقول: أبو يوسف كان منصفاً في الحديث. قال الفلاس: أبو يوسف صدوق كثير الغلط إبراهيم بن إسحاق الزهري، ثنا بشر المريسي، سمعت أبا يوسف يقول: صحبت أبا حنيفة سبع عشرة سنة، ثم رعت في الدنيا سبع عشرة سنة وإني أظن أن أجلي قد قرب فما عبر يسير حتى مات. ابن كاس، ثنا أحمد بن عمار بن أبي مالك، سمعت أبي يقول: لم يكن في أصحاب أبي حنيفة مثل أبي يوسف علماً وفقهاً ومعرفة، ولولاه لم يذكر أبو حنيفة ولا ابن أبي ليلى لكنه نشر علمهما. أبو حازم القاضي، عن بكر العمي، عن هلال الرأي قال: كان أبو يوسف يحفظ التفسير والمغازي وأيام العرب، وكان أحد علومه الفقه. قال المزني: كان أبو يوسف أتبعهم للحديث.

أحمد بن عطية، سمعت محمد بن سماعة يقول: كان أبو يوسف يصلي بعد ما ولي القضاء كل يوم مائتي ركعة.

عباس، سمعت يحيى بن معين يقول: كان أبو يوسف يحب أصحاب الحديث ويميل إليهم. عبد الله بن علي المديني، سمعت أبي يقول: كنا نأتي أبا يوسف لما قدم البصرة سنة ثمانين ومائة فكان يحدث بعشرة أحاديث وعشرة رأي وأراه قال: ما أجد على أبي يوسف إلا حديثه عن هشام بن عروة في الحجر وكان صدوقاً.

ومن شمائله

الطحاوي، نا بكار بن قتيبة، سمعت أبا الوليد الطيالسي يقول: لما قدم أبو يوسف البصرة مع الرشيد اجتمع أصحاب الرأي وأصحاب الحديث على باب، فطلب كل فريق منهم الدخول إليه أولاً، فأشرف عليهم فلم يأذن لفريق منهم وقال: أنا من الفريقين جميعاً ولا أقدم فرقة على فرقة، ولكني أسأل الفريقين عن مسألة فأبهم أصابوا دحلوا، ثم قال: رجل مضغ خاتمي هذا حتى هشمه ما لي عليه؟ فاختلف أصحاب الحديث فلم يعجبه قولهم وقال فقيه: عليه قيمته مصوغاً ويأخذ الفضة المهشومة إلا أن يشاء رب الخاتم أن يمسكه لنفسه ولا شيء على هاشمه. فقال أبو يوسف: يدخل أصحاب هذا القول ودخلت معهم فسأله المستملي فأملى حديثاً عن الحسن بن صالح وقال: ما أخاف على رجل من شيء خوفي عليه من كلامه في الحسن بن صالح. فوقع لي أنه أراد شعبة فقلت: لا أجلس في مجلس يعرض فيه بأبي بسطام. ثم خرجت فرجعت إلى نفسي فقلت: هذا قاضي الآفاق، ووزير أمير المؤمنين وزميله في حجه وما يضره غضي! فرجعت فجلست حتى فرغ المجلس فأقبل عليّ إقبال رجل ما كان له هم غيري فقال: يا هشام - وإذا هو يعنيني لأني كنت عنده ببغداد - والله ما أردت بأبي بسطام سوءاً وهو في قلبي أكبر منه في قلبك فيما أرى ولكن لا أعلم أنني رأيت رجلاً مثل الحسن بن صالح. قال بكار: فذكرت هذا لهلal بن يحيى فقال: أنا والله الذي أجبت أبا يوسف عن الخاتم.

ابن الثلجي، سمعت الحسن بن أبي مالك يقول: قال أبو يوسف: لو استطعت أن أشاطركم ما في قلبي من العلم لفعلت. وسمعته يقول: مرضت مرضاً نسيت فيه كل ما كنت أحفظه حتى القرآن، ولم أنس الفقه لأن علمي بما سوى الفقه علم حفظ وعلمي بالفقه علم هداية كرجل غاب عن بلده مدة ثم قدم أفتراه يغيب عن طريق منزله؟ عن هلال الرأي سمعت أبا يوسف يقول: مخاشنة الولاية ذل ومخاشنة القضاة فقر. وسمعته يقول في كتاب الصك - يعني الأسجال - ونحوه: لا أقل من عشرة شهود، اثنان يموتان، واثنان يغيبان، واثنان لا يؤديان، واثنان يثبتان، واثنان يزوران. محمد بن شعاع سمعت الحسن بن أبي مالك سمعت أبا يوسف يقول: القرآن كلام الله ومن قال: كيف ولم؟ وتعاطى مرأء ومجادلة استوجب الحيس والضرب المبرح. وسمعته يقول: لا يقلح من استحلى شيئاً من الكلام. وسمعته يقول: لا يصلى خلف من قال القرآن مخلوق.

ترجمة الإمام أبي يوسف للحافظ الذهبي

إبراهيم بن الجراح سعت أبا يوسف يقول: كان أبو العباس - يعني الشافعي - قد أشخص العلماء فكنا نسمع تلك الأيام.

على بن الجعد، سعت أبا يوسف يقول: من قال لإيماني جبريل فهو صاحب بدعة. أحمد بن أبي عمران الفقيه، حدثني فرج مولى أبي يوسف قال: رأيت مولاي أبا يوسف إذا دخل في القنوت للوتر رفع يديه في الدعاء، إن كان فرج ثقة.

أبو خازم القاضي: ثنا الحسن بن موسى قاضي همدان، ثنا بشر بن الوليد قال: كان أبو يوسف إذا ذكر محمد بن الحسن قال: أي سيف هو غير أن فيه صداً وهو يحتاج إلى جلاء؛ وإذا ذكر الحسن بن زياد قال: هو عندي كالصيدلاني إذا سأله رجل أن يعطيه ما يطلق بطنه أعطاه ما يمسكه؛ وإذا ذكر بشرًا يقول: هو كإبرة الرفاء طرفها دقيق وهي سريعة الانكسار؛ وإذا ذكر الحسن بن أبي مالك قال: هو كجمل حمل حملاً في يوم مطير فيذهب مرة هكذا ومرة هكذا ثم يسلم.

الطحاوي، ثنا ابن أبي عمران، ثنا محمد بن سماعة، عن أبي يوسف قال: قدم علينا ربعة بن أبي عبد الرحمن فأتيته فقلت: ما تقول في عبد بين رجلين أعتقه أحدهما؟ فقال: العتق باطل. قلت: فإن أعتق الآخر ينبغي على قولك أن يكون أيضاً باطلاً فإذا كان عتق موليه لا يجوز فمن يجوز عتقه فيه!

أبو بكر الخفاف، حدثني أبي، ثنا الحسن بن زياد قال: كنا يوماً بباب أبي يوسف إذ أقبل من دار الرشيد يتسم فقال: حدثت مسألة في دار أمير المؤمنين وهي أن قاضياً بأرمينية اختصم إليه جارتان في جرتين وقد استقتا ماء فوضعتا الجرتين لتستريحا فسقطت جرة على الأخرى فانكسرتا فاختصمتا إلى القاضي فقالت كل واحدة منهما: سقطت جرة هذه على جرتي وكسرتها. فجعل القاضي ينظر إليهما لا يعرف المدعي منهما من المدعى عليه، فقال للقيم: أحرهما! ثم صاحتا واويحتا! فقال للقيم: اذهب فاشتر لهما جرتين وأرض كلاً منهما. فلما كان العشي قال لرجل كان يأنس به: ماذا يقول الناس ويخوضون فيه من أمرنا؟ قال يقولون: إن القاضي لم يحسن أن يحكم في جرتين حتى غرمهما! فقال: سبحان الله أفلا يرضون مني أن أحكم فيما أحسن وأغرم فيما لا أحسن؟! قال أبو يوسف: فقلت يا أمير المؤمنين هذا رجل عاقل فرد في أرزاقه للفرامات ألف درهم في كل شهر. فقلنا لأبي يوسف: كيف جواب هذه المسألة؟ قال: إن كانتا وضعتا الجرتين في مستراح للمسلمين فكل واحدة منهما جاعلة جرتها في حقها غير جانية على صاحبتها وعلى كل واحدة منهما قيمة جرة صاحبتها، وإن كانت إحداها في

مستراح والأخرى في غير مستراح فالتى في غير المستراح جانباً على صاحبها.
بشر بن الوليد سمعت أبا يوسف يقول: من طلب المال بالكيمياء أنلس، ومن طلب العلم بالكلام ترندق، ومن طلب غريب الحديث كذب.

محمد بن سعد إني سمعت أبا سليمان الجوزجاني، سمعت أبا يوسف يقول: دخلت على الرشيد وفي يده درتان بقلبيهما فقال: يا يعقوب هل رأيت أحسن من هاتين؟ قلت نعم. قال: وما هو؟ قلت: الوعاء الذي هما فيه. قال فرمى بهما إلي وقال: شأنك بهما. فأخذتهما ورمتهما.

الطحاوي: نا ابن أبي عمران، نا محمد بن شجاع سمعت الحسن بن أبي مالك، سمعت أبا يوسف في مرضه يقول: والله ما زنت قط ولا جُرت في حكم ولا أخاف من شيء إلا من شيء كان مني: كنت آخذ القصص فأقرأها على الرشيد ثم أوقع لأصحابها بحضرته فأخذت قصة لنصراني في ضيعة بيد الرشيد يزعم أنه غصبه إياها فدعوت النصراني وقرأت قصته على الرشيد، فقال: هذه الضيعة لنا ورثناها عن المنصور. فقلت للنصراني: قد سمعت أفلك بينة؟ قال: لا ولكن حلفه. فقلت: الحلف يا أمير المؤمنين؟ قال: نعم فحلف وذهب النصراني، فأخاف من تركي أن أقعد النصراني مع أمير المؤمنين مجلس الخصم.

علي بن الجعد، سمعت أبا يوسف وسأله رجل فقال: يذكرون تجيز شهادة من يقول إن الله لا يعلم ما يكون حتى يكون؟ قال: ويحك! هذا إن تاب وإلا قتلته.
بشر بن الوليد سمعت أبا يوسف يقول في مرضه: اللهم إنك تعلم أنني لم أطأ فرجاً حراماً وأنا لم أكل درهماً حراماً وأنا أعلم.

ابن كاس: ثنا أبو عمرو القزويني، ثنا القاسم بن الحكم العربي، سمعت أبا يوسف عند موته يقول: ليتني مت على ما كنت عليه من الفقه، وإني والله دخلت في القضاء ولم أتعمد جوراً ولا رفعت خصماً على خصم من سلطان ولا سوقة. الطحاوي، ثنا أحمد بن أبي عمران، ثنا داود بن وهب، حدثني عبد الرحمن القواس -وفيل لم يكن ببغداد أفضل منه- قال: قال لي معروف الكرخي: إن توفي أبو يوسف فأعلمني، فمضيت فإذا أنا بجنازة أبي يوسف فمضيت معها وقلت إن رجعت إلى معروف فاتتني الجنازة ولم يدركها هو، فلما انصرفت أتيتته وقلت: لو رجعت إليك لم تدركها، فاعتم! فقلت: ما يفعله؟ قال: إني رأيت في ليلتي هذه كأنني أدخلت الجنة فראيت فصراً فقلت: لمن هذا؟ قال: ليعقوب القاضي. قلت: بأي شيء استحق هذا؟ قال: بتعليمه العلم وبكثرة وقعة الناس

ترجمة الإمام أبي يوسف للحافظ الذهبي

فيه. قال عبد الله بن أحمد بن حنبل: سمعت أبي يقول: كان في أبي يوسف رحمه الله ثقة فكان يحدثنا فيقول: ثنا مطيف بن طيف الحاشي أي مطرف بن طريف الحارثي. قال أبو حسان الزبدي: كان أبو يوسف قاضي الرشيد فاستخلف ولده يوسف وكان يقضي معه، فلما مات أبو يوسف أقر الرشيد ابنه على القضاء إلى أن مات يوسف.

الحسن بن حماد سجادة، سمعت يوسف بن أبي يوسف يقول: وليت القضاء وولي أبي من قبلي فكانت ولايتنا القضاء ثلاثين سنة ما بلينا أن نقضي بين جد وأخ.

قال ابن عدي وذكر أبا يوسف فقال: لا بأس به. وقال أبو حاتم الرازي: يكتب حديثه. وقال أبو عبد الله البخاري تركوه. وقال أبو حفص الفلاس: صدوق كثير الغلط. قلت: ولقاضي القضاة أبي يوسف رحمه الله رضي الله عنه أخبار في السؤدد والكرم والمروءة والجاه العريض والحرمة التامة في العلم والفضل، وأخبار في الخط عليه بعضها ليس بصحيح أوردها العقيلي وابن ثابت في تاريخ بغداد وغيرهما.

قال علي ابن سلمة اللبقي: سمعت يحيى بن يحيى يقول: دخلنا على أبي يوسف وهو مريض بجرجان فقال: اشهدوا أنني قد رجعت عن كل ما أفتيت به الناس إلا ما في القرآن. واجتمع عليه المسلمون.

قال بشر ابن الوليد: توفي أبو يوسف رحمه الله يوم الخميس لخمس خلون من ربيع الأول سنة اثنتين وثمانين ومائة. وقال غيره: في ربيع الآخر ببغداد وله تسع وستون سنة.

يعقوب بن شيبه، سمعت شجاع بن مخلد يقول: حضرنا جنازة أبي يوسف فقال عباد بن العوام: ينبغي لأهل الإسلام أن يعزي بعضهم بعضًا بأبي يوسف. ومن حديثه ما أخبرنا به أحمد بن إسحاق الأبرقوهي سنة خمس وتسعين وثمانية، أنا المبارك بن أبي الجود، أنا أحمد بن الطلاية، أنا أبو القاسم الأنماطي، أنا أبو طاهر المخلص، ثنا أبو حامد الحضرمي، ثنا إسحاق بن أبي إسرائيل، أنا أبو يوسف، أنا أبو حنيفة، عن علقمة بن مرثد، عن سليمان بن بريدة عن أبيه: أن قوم ماعز سألوا رسول الله ﷺ واستأذنوه في دفنه والصلاة عليه فأذن لهم. أخبرنا عبد العزيز بن محمد بن هبة الله العقيلي الحنفي، أنا يوسف بن خليل، أنا عبد الخالق بن الصابوني، وعبد الرحمن بن نصر الله البيع، قالوا: أنا قراتكين بن أسعد، أنا أبو محمد الجوهري، أنا القاضي أبو بكر الأهرلي، ثنا أبو عروبة الحراني، ثنا جدي عمرو بن أبي عمرو، ثنا أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم، ثنا عبيد الله بن عمرو، عن نافع، عن ابن عمر قال: لو وجدت إلا مدًا لاغتسلت. وبالإسناد، ثنا أبو يوسف، ثنا أبو حنيفة عن عطاء بن أبي رباح، عن ابن عباس أنه قال: لا وضوء في القبلة.

أخبرنا أبو الغنائم بن علان، والمؤمل بن محمد، ويوسف بن يعقوب كتابة قالوا: أنا زيد بن الحسن المقرئ، أنا عبد الرحمن بن رزيق الشيباني، أنا أحمد بن علي الحافظ. أنا أبو عمر بن مهدي، ثنا محمد بن مخلد، ثنا عبدوس بن بشر الرازي، ثنا أبو يوسف القاضي، ثنا أبو حنيفة، عن نافع عن ابن عمر، عن النبي ﷺ قال: «من أتى الجمعة فليغتسل». أخبرنا إسماعيل بن عبد الرحمن، أنا أبو القاسم بن صصري، أنا علي بن سرور الخشاب، أنا الحسن بن أحمد بن محمد بن أبي الحديد سنة ثمانين وأربعمائة، أنا المسدد بن علي الأملوكي، ثنا إسماعيل بن القاسم الحلبي بجمص سنة سبعين وثلاثمائة، ثنا يحيى بن علي بن هاشم الكندي، ثنا جدي لأمي وهو محمد بن إبراهيم بن أبي سكينه الحلبي، ثنا أبو يوسف عن إسماعيل بن أبي خالد، عن قيس، عن ابن مسعود قال: قال رسول الله ﷺ: «لا حسد إلا في اثنتين: رجل آتاه الله مالا فسلطه علىهلكته في الحق، ورجل آتاه الله علماً فعلمه وقضى به» والحمد لله رب العالمين.

ترجمة
الإمام محمد بن الحسن الشيباني
المتوفى ١٨٩ هـ

تأليف
الإمام الحافظ
أبي عبد الله شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز الذهبي
المتوفى ٧٤٨ هـ

تحقيق
أحمد فريد المصري

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين. وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه أجمعين.

هذه ترجمة الإمام محمد بن الحسن الشيباني. هو محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني مولاهم. وقيل محمد بن الحسن بن عبيد الله بن مروان. كان والده من أهل حرستا - قرية مشهورة بظاهر دمشق - فقدم العراق في آخر بني أمية، فولد له محمد بواسطة سنة اثنين وثلاثين ومائة، فحمله إلى الكوفة فنشأ بها، وكسب شيئاً من العلم عن أبي حنيفة، ثم لازم أبا يوسف من بعده حتى برع في الفقه، وسمع أيضاً من مسعر بن كدام، ومالك بن مغول، وعمر بن ذر الميموني، وسفيان الثوري، والأوزاعي، ومالك بن أنس ولازم مالكا مدة، وانتهت إليه رئاسة الفقه بالعراق بعد أبي يوسف. وتفقه به أئمة وصنف التصانيف، وكان من أذكى العالم. ولي قضاء القضاة للرشد، ونال من الجاه والحشمة ما لا مزيد عليه. روى عنه الشافعي، وأبو عبيد القاسم بن سلام، وهشام بن عبيد الله الرازي، وعلي بن مسلم الطوسي، وعمرو بن أبي عمرو، ويحيى بن معين، ومحمد بن ساعدة، ويحيى بن صالح الوحاظي وآخرون. قال محمد بن سعد: أصله من الجزيرة، وسكن أبوه الشام، ثم قدم واسط فولد له محمد بواسطة. وسمع كثيراً، ونظر في الرأي فغلب عليه، نزل بغداد واختلف إليه الناس وسمعوا منه.

أحمد بن عطية، سمعت أبا عبيد يقول: ما رأيت أعلم بكتاب الله من محمد بن الحسن.

الربيع بن سليمان، سمعت الشافعي يقول: لو أشاء أن أقول نزل القرآن بلغة محمد ابن الحسن لقلته لفصاحته.

أبو بكر بن المنذر، سمعت المزني يقول: سمعت الشافعي يقول: ما رأيت سمياً أخف روحاً من محمد بن الحسن وما رأيت أفصح منه كنت إذا رأيته يقرأ كأن القرآن نزل بلغته.

إسماعيل بن حماد بن أبي حنيفة قال: قال محمد بن الحسن: بلغني أن داود الطائفي كان يسأل عني وعن حالي فإذا أخبر قال إن عاش فسيكون له شأن.
إدريس بن يوسف القراطيسي سمعت الشافعي يقول: ما رأيت أعلم بكتاب الله من محمد كأنه عليه نزل.

الطحاوي سمعت أحمد بن أبي داود المكي، سمعت حرملة بن يحيى، سمعت الشافعي يقول: ما سمعت أحداً قط كان إذا تكلم رأيت أن القرآن نزل بلغته غير محمد بن الحسن وقد كتبت عنه حمل بختي.

٤٢ ————— ترجمة الإمام محمد بن الحسن الشيباني للحافظ الذهبي

محمد بن إسماعيل الرقي نا الربيع، نا الشافعي قال: حملت عن محمد بن الحسن حمل بختي كتباً وما ناظرت أحداً إلا تغير وجهه ما خلا محمد بن الحسن بن أبي حاتم. نا الربيع سمعت الشافعي يقول: حملت عن محمد بن الحسن حمل بختي ليس عليه إلا سماعي. أحمد بن أبي سريج الرازي، سمعت الشافعي يقول: أنفقت على كتب محمد بن الحسن ستين ديناراً ثم تدبرتها فوضعت إلى جنب كل مسألة حديثاً. وعن الشافعي قال: ما ناظرت شيئاً أذكى من محمد بن الحسن وقد ناظرته مرة فجعلت أوداجه تتفخ وأزراره تنقطع. عباس بن محمد سمعت ابن معين يقول: كتبت عن محمد بن الحسن «الجامع الصغير».

أبو حازم القاضي، نا بكر العمي، سمعت محمد بن سماعه يقول: كان محمد بن الحسن قد انقطع قلبه من فكره في الفقه حتى كان الرجل يسلم عليه فيدعو له محمد ليريد الرجل في السلام فيرد عليه ذلك الدعاء بعينه الذي ليس من جواب الزيارة في شيء. الطحاوي نا محمد بن شاذان، سمعت الأخفش النحوي يقول: ما وضع شيء لشيء قط يوافق ذلك إلا كتاب محمد بن الحسن في الإيمان فإنه وافق كلام الناس. محمد بن سماعه قال: كان محمد بن الحسن كثيراً ما يتمثل بهذا البيت:

مَحْسُودُونَ وَشَرُّ النَّاسِ مَنْزِلَةٌ مَنْ عَاشَ فِي النَّاسِ يَوْمًا غَيْرَ مَحْسُودٍ

يونس بن عبد الأعلى سمعت الشافعي يقول: قلت لمحمد بن الحسن تقول: ما كان لصاحبك أن يتكلم ولا لصاحبي أن يسكت أشدك بالله: هل تعلم أن صاحبي كان عالماً بكتاب الله؟ قال: نعم. قلت: فهل كان عالماً بحديث رسول الله ﷺ؟ قال: نعم. قلت: فهل كان عاقلاً؟ قال: نعم. قلت: فهل كان صاحبك جاهلاً بكتاب الله؟ قال: نعم. وبما جاء عن رسول الله؟ قال: نعم قلت: أأنكان عاقلاً؟ قال: نعم. قلت لصاحبي: ثلاث خصال لا يستقيم لأحد أن يكون قاضياً إلا هين، أو كلاماً هذا معناه.

إبراهيم بن أبي داود البرلسي، سمعت يحيى بن صالح الوحاظي يقول: حججت مع محمد بن الحسن فقلت له حدثني بكتابك في كذا من الفقه فقال: ما أنشط له. فقلت أنا أقرؤه عليك، فقال لي أيهما أخف عندك عليّ قراءتي عليك أو قراءتك عليّ قلت قراءتي عليك قال: لا بل قراءتي أخف لأنني إنما أستعمل فيها بصري ولساني، وقراءتك أستعمل فيها بصري وذهنِي وسعي.

سليمان بن شعيب الكيساني، نا أبي، سمعت محمد بن الحسن قال: إذا اختلف في مسألة فحرم فقيه وأحل آخر وكلاهما يسهه أن يجتهد فالصواب عند الله وأحد حلال أو حرام ولا يكون عنده حلال وحرام وهو شيء واحد فأما أن يقول قائل قد أحل فقيه

ترجمة الإمام محمد بن الحسن الشيباني للحافظ الذهبي ————— ٤٣

وحرم فقيه في فرج واحد وكلاهما صواب عند الله فهذا ما لا ينبغي أن يتكلم به ولكن الصواب عند الله واحد وقد أدى القوم ما كلفوا به حين اجتهدوا ووسعهم ما فعلوا وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقولنا.

أحمد بن أبي عمران سمعت محمد بن شجاع يقول على انحرافه عن محمد بن الحسن: ما وضع في الإسلام كتاب في الفقه مثل جامع محمد بن الحسن الكبير. محمد بن عبد الله بن عبد الحكم وغيره ثنا الشافعي قال قال محمد بن الحسن: أقمت على [باب] مالك ثلاث سنين وسمعت منه لفظاً سبعمئة حديث ونيفاً ثم قال الشافعي كان محمد بن الحسن إذا حدثهم عن مالك امتلاً منزله وكثروا حتى يضيق بهم الموضع وإذا حدث عن غير مالك لم يأت إلا اليسير فكان يقول ما أعلم أحداً أمراً شأً على أصحابه منكم إذا حدثتكم عن [مالك] ملائم عليّ الموضع وإذا حدثتكم عن أصحابكم إنما تأتون متكارهين.

الطحاوي سمعت أحمد بن أبي عمران يقول: قال محمد بن سماعة: سمعت محمد بن الحسن يقول: هذا الكتاب - يعني كتاب الخيل - ليس من كتبنا إنما ألقى فيها. قال ابن أبي عمران إنما وضعه إسماعيل بن حماد بن أبي حنيفة. الطحاوي نا يونس بن عبد الأعلى قال: قال الشافعي: كان محمد بن الحسن إذا قعد للمناظرة للفقه أعد معه رجلاً حكماً بينه وبين من يناظره فيقول لهذا زدت ولهذا نقصت فقبل: كان ذلك الرجل عيسى بن مروان.

موسى بن نصير، عن هشام بن عبيد الله الرازي، قال: خرجنا مع محمد بن الحسن من المدينة فلما أتى ذا الحليفة نزلنا معه وذلك قبيل الظهر فتتحنى عنا أظنه لوضوئه وغسله ثم لبس إزاراً ورداءً وحضرت الظهر فمشى ومشيئنا معه حتى أتى مسجدفا فصلى بنا الظهر ركعتين ولبي ولبيئنا معه وقرن بين الحج والعمرة ثم مضى إلى رحله وهو يلبي وكان قد ساق هديه من المدينة، فلما أحرم ولبي أمر الجمال فأشعر هديه وهي بدنة بسكين ومحمد قائم ينظر إليه حتى أشعرها من الجانب الأيسر فوق الكتف في أصل مقدم السنام أسفل السنام حتى أظهر الدم وجللها. إبراهيم الحربي سألت أحمد بن حنبل وقلت: هذه المسائل الدقيقة من أين لك؟ قال: من كتب محمد بن الحسن.

أبو عروبة حدثني عمرو بن أبي عمرو قال محمد بن الحسن: خلف أبي ثلاثين ألف درهم فأنفقت خمسة عشر ألفاً على النحو والشعر، وخمسة عشر ألفاً على الحديث والفقه.

ابن سماعة قال محمد بن الحسن لأهله لا تسألوني حاجة من حوائج الدنيا فتشعلوا قلبي وخذوا ما تحتاجون إليه من وكيلي فإنه أفرغ لقلبي وأقل لهمي.
ابن كاس النخعي، ثنا أحمد بن حماد بن سفيان، ثنا الربيع بن سليمان، سمعت الشافعي يقول: ما رأيت أعقل ولا أفقه ولا أزهد ولا أورع ولا أحسن نطقاً وإبراً من محمد بن الحسن. قلت: لم يرو هذا عن الربيع إلا أحمد بن حماد وهو قول منكر.

ذكر توليته قضاء الرقة

أبو حازم القاضي، عن بكر بن محمد العمي، عن محمد بن سماعة قال: كان سبب مخالطة محمد بن الحسن السلطان أن أبا يوسف القاضي شوور في رجل يولى قضاء الرقة فقال لهم ما أعرف لكم رجلاً يصلح غير محمد بن الحسن فإن شئتم فاطلبوه من الكوفة قال فأشخصوه. فلما قدم جاء إلى أبي يوسف فقال: لماذا أشخصت؟ قال: شارروني في قاض للرقة فأشرت بك وأردت بذلك معنى أن الله قد بث علمنا هذا بالكوفة والبصرة وجميع المشرق فأحببت أن تكون هذه الناحية ليث الله علمنا بك بها وبما بعدها من الشامات. فقال: سبحان الله! أما كان لي في نفسي من المنزلة ما أخبر بالمعنى الذي من أجله أشخص! فقال: هم أشخصوك. ثم أمره بالركوب فركبا ودخلا على يحيى بن خالد ابن برمك فقال ليحيى: هذا محمد فشأنكم به فلم يزل يخوف محمداً حتى ولي قضاء الرقة وكان ذلك سبب فساد الحال بين أبي يوسف ومحمد بن الحسن.

قال الطحاوي: سمعت أحمد بن أبي عمران يقول: سمعت الطبري يقول: قال لي حميد أبو العباس وكان من كبار أصحاب محمد بن الحسن: كانت الحلقة في المسجد يوم الجمعة ببغداد لبشر بن الوليد، فلم يزل كذلك ونحن نجالسه [فيها] حتى قدم محمد بن الحسن [علينا] فأتيناه فكنا نتعلم منه مسائله هذه ثم تأتي بشر بن الوليد فنسأله عنها فتؤذيه بذلك فلما كثر ذلك عليه ترك لنا الحلقة.

قال ابن أبي عمران: فسمعت محمد بن الحسن بن أبي مالك يقول: رأيت بشر بن الوليد عند أبي فنال من محمد بن الحسن فقال له أبي: لا تفعل يا أبا الوليد! ثم قال له هذا محمد قد صار له في يد الناس ما صار من هذه الكتب فترضى منك أن تتولى لنا وضع سؤال مسألة وقد أعفأك الله من جوابها.

وعن الحسن بن أبي مالك وذكر مسائل محمد بن الحسن فقال: لم يكن أبو يوسف يدقق هذا التدقيق الشديد.

الطحاوي، نا محمد بن الحسن بن مرداس، سمعت محمد بن شجاع يقول: مثل

ترجمة الإمام محمد بن الحسن الشيباني للحافظ الذهبي ٤٥

محمد بن الحسن في الجامع الكبير كرجل بنى داراً فكان كلما على بنى مرقاة يرقى منها إلى ما علاه من الدار حتى استتم بناءها كذلك ثم نزل عنها وهدم مراقبها ثم قال للناس شأنكم فاصعدوا.

الطحاوي نا أبي محمد بن سلامة، سمعت محمد بن علي بن معبد بن شداد سمعت أبي قدمت الرقة ومحمد بن الحسن قاض عليها فأتيت بابه فاستأذنت عليه فحجبت عنه فانصرفت وأقمت بالرقة مدة لا آتية، فبينما أنا في يوم في الطريق إذا به على دابته هشة القضاء. فلما رأيته أقبل عليّ واستبطاني ووكل بي من يصيرني إلى الدار فلما جلس أدخلت عليه فقال لي: ما الذي خلفك عني فقد بلغني أنك ههنا؟ قلت: أتيتك فحجبت فساءه ذلك وقال: من حجبك؟! فظننت أنه يريد عقوبة الحاجب فلم أخبره به. فقال لي: فإذا لم تفعل أنحيهم كلهم ودعاهم وقال: لا يد لكم على أبي محمد في حجبه عني. ثم كنت آتية حتى أصل إلى الستر فأتحنح وأسلم فيقول ادخل. أنبأني المسلم بن محمد القيسي وغيره، أن أبا اليمن اللغوي، أخبرهم أنا عبد الرحمن بن محمد، أنا أحمد بن علي الحافظ، أنا ابن رزقويه، أنا ابن السماك، ثنا محمد بن إسماعيل التمار، حدثني أحمد بن خالد، سمعت المقدمي بالبصرة قال الشافعي: لم يزل محمد بن الحسن عندي عظيمًا أنفقت على كتيبه ستين دينارًا حتى جمعني وإياه مجلس هارون فقال: يا أمير المؤمنين إن أهل المدينة خالفوا كتاب الله وأحكام رسول الله ﷺ وإجماع المسلمين. فأخذني ما قدم وما حدث فقلت: أراك قد قصدت أهل بيت النبوة وقبر رسول الله ﷺ بين أظهرهم عمدت تهجوهم.

حنبل بن إسحاق، سمعت أحمد بن حنبل يقول: كان أبو يوسف منصفًا في الحديث، فأما أبو حنيفة ومحمد بن الحسن فكانا مخالفين للأثر وقال الدارقطني لا يستحق محمد عندي الترك. وقال النسائي حديثه ضعيف. وأما الشافعي رحمه الله فاحتج بمحمد بن الحسن في الحديث.

أخبرنا علي بن أحمد الحافظ وغيره قالوا: أنا الحسين بن أبي بكر الحنبلي. ح وأنا أحمد بن عبد المنعم القزويني، أنا محمد بن سعيد الصوفي، أنا طاهر بن محمد المقدسي، أنا مكّي بن منصور، أنا أحمد بن الحسن القاضي، ثنا محمد بن يعقوب، أنا الربيع بن سليمان، أنا محمد بن إدريس الشافعي، أنا محمد بن الحسن. أنا قيس بن الربيع عن أبان بن تغلب عن الحسن بن ميمون عن عبد الله بن عبد الله مولى بني هاشم عن أبي الجنوب الأسدي قال قال علي عليه السلام: من كان له ذمتنا فدمه كدمنا ودينه كديننا. ويحكى عن محمد بن الحسن ذكاء مفرط وعقل تام وسؤدد وكثرة تلاوة.

٤٦ ————— ترجمة الإمام محمد بن الحسن الشيباني للحافظ الذهبي

قال الطحاوي: سمعت أحمد بن أبي عمران يحكي عن بعض أصحاب محمد بن الحسن أن محمدًا كان حزبه في كل يوم وليلة ثلث القرآن. قال أبو خازم القاضي سمعت بكرًا العمي يقول: إنما أخذ ابن ساعة وعيسى بن أبان الصلاة من محمد بن الحسن.

يونس بن عبد الأعلى، ثنا علي بن معبد، حدثني الرجل الرازي الذي مات محمد بن الحسن في بيته قال: حضرت محمدًا وهو يموت فبكى. فقلت له: أتبكي مع العلم؟ فقال لي: أرايت إن أوقفني الله تعالى فقال ما أقدمك إلي الجهاد في سبيلي أم ابتغاء مرضاتي ماذا أقول؟ ثم مات رحمه الله.

قال أبو خازم عبد الحميد القاضي: لما دفن الرشيد محمد بن الحسن والكسائي - يعني بالري - أنشأ يقول:

أسفت على قاضي القضاة محمد	فأذريت دمعني والفؤاد عميد
وأقلقني موت الكسائي بعده	وكادت بي الأرض الفضاء تميد
هما عالمانا أوديا فتخرما	فما لهما في العالمين نديد

وقال السيراني هذه الأبيات ليحيى اليزيدي. وأولها:

تصرمت الدنيا فليس خلود	وما قد ترى من بهجة سبيل
لكل امرئ كأس من الموت مترع	وما إن لنا إلا عليه ورود
ألم تر شيئًا شاملاً ينذر البلى	وأن الشباب الغض ليس يعرد
سأتيك ما أفنى القرون التي خلعت	فكن مستعدًا فالقضاء عتيد

والحمد لله أولاً وآخرًا.

الفروق في الفروع

في فقه الإمام أبي حنيفة النعمان

رضي الله تعالى عنه

تأليف

الإمام أبي المظفر أسعد بن محمد بن الحسين

الكرابيسي النيسابوري الحنفي

المتوفى ٥٧٠ هـ

تحقيق

أحمد فرید المنزیدی

بسم الله الرحمن الرحيم

والشرا والشر لا ينفك عن العناق فكذلك هو شر
والفرق انما هو في التدبير وقد وجد تدبيره
اما في الطلاق والعناق فلا يحتاج الى تدبير بل يقول
كقصار حاته قال ان قلنت طالق فمطالوق فلا اقل عليه
فاجازه ثم يوجد منه القول بالطلاق فلم يعد ما امره

ثم بحمد الله

بوصلى الله على سيدنا محمد وآله اجمعين اختصر الله
على سيدنا محمد وآله اجمعين في يومه وادعائه
ومشيده في يومه وادعائه في يومه وادعائه في يومه

وعشرون بحمد الله والحمد لله رب العالمين

جميعين وحسن الله وتبع الوكيل

غفر الله لكانه وقاريه ولمر دعائه المنع

ولجميع المسلمين وصلى الله على محمد وآله

الاعظم والحمد لله رب العالمين

السلام على من لا ينال مثل مقامه ولا ينال مثل مقامه

السلام على من لا ينال مثل مقامه ولا ينال مثل مقامه

السلام على من لا ينال مثل مقامه ولا ينال مثل مقامه

السلام على من لا ينال مثل مقامه ولا ينال مثل مقامه

السلام على من لا ينال مثل مقامه ولا ينال مثل مقامه

السلام على من لا ينال مثل مقامه ولا ينال مثل مقامه

السلام على من لا ينال مثل مقامه ولا ينال مثل مقامه

السلام على من لا ينال مثل مقامه ولا ينال مثل مقامه

صورة الصفحة الأخيرة من مخطوطة دار الكتب المصرية

بسم الله الرحمن الرحيم

«رب يسر برحمتك ولا تعسر»

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على رسوله محمد المصطفى وآله وصحبه أجمعين.

قال الشيخ الإمام جمال الإسلام أبو المظفر أسعد بن محمد بن الحسن النيسابوري الكرايسي رحمته الله: هذه المسائل التقطتها من الكتب ليس فيها قياس واستحسان إلا خلاف مشهور بين أصحابنا رحمته الله وسعت القاضي الإمام أبا العلاء صاعد بن محمد أنار الله برهانه ونقل بالخيرات ميزانه أظهر الفرقان بينها فاستحسنتها، وأردت أن أفردا ليسهل حفظها، واستعنت بالله سبحانه وتعالى على إتمامها، فنعم المعين، ونعم النصير.

كتاب الطهارة والصلاة

- ١- قال أبو حنيفة رحمه الله: إذا خرج الدود من أحد السبيلين - ينتقض الوضوء. وإن خرج من الجرح لم ينتقض^(١).
- الفرق: أن الدود لا يخلو من قليل بلة تكون معها وتصحبها، وتلك البلة قليل نجاسة، وقليل النجاسة إذا خرجت من أحد السبيلين ينتقض الوضوء.
- وأما في الجرح فالدود لا يخلو من قليل بلة، وتلك البلة نجاسة "قليلة"، وقليل النجاسة إذا خرج من غير السبيلين لم ينتقض الوضوء.
- ولأن الدود حيوان، وهو طاهر في الأصل، والشيء الطاهر إذا خرج من أحد السبيلين أوجب نقض الوضوء، كالريح.
- وإذا خرج من غير السبيلين لم يوجب نقض الوضوء، كالدمع والعرق. وقرئ محمد بن شجاع: بأن الدود من الجرح يتولد من اللحم فصار كما لو انفصل قطعة من اللحم من بدنه من غير سيلان (من غير) السبيلين، ولو كان كذلك لم ينتقض وضوؤه كذا هذا.
- وأما في السبيلين فإنه يتولد من النجاسة، وتلك النجاسة لو خرجت بانفرادها أوجبت نقض الوضوء، فكذلك ما يتولد منها إذا خرج.
- ٢- قال محمد بن الحسن رحمهما الله في «الوادع»: إذا نزل الدم إلى قصبية الأنف - انتقض وضوؤه^(٢).

وإذا وقع البول في قصبية الذكر لم ينتقض.

والفرق أن قصبية الأنف يلحقها حكم التطهير، بدليل أنه يجب إيصال الماء إليها في الجنابة، ويسن في الوضوء، فهذه نجاسة سالت بنفسها إلى طاهر يلحقه حكم التطهير، فوجب أن ينتقض به الوضوء، كما لو زایل الدم رأس الجرح.

وليس كذلك قصبية الذكر، لأنه لا يلحقها حكم التطهير، بدليل أنه لا يفرض إيصال الماء إليه في الجنابة، ولا يسن في الوضوء، فلم تصل النجاسة إلى موضوع يلحقه حكم التطهير، فلم ينتقض الوضوء به، كما لو تردد في العروق.

(١) انظر: البحر الرائق (٣٦/١)، وفناوى السغدري (٢٦/١)، والمبسوط للسرخسي (١٣٩/٢).

(٢) انظر: البحر الرائق (٣٣/١)، وحاشية ابن عابدين (١٣٤/١)، وحاشية الطحاوي على مراقي الفلاح (٥٦/١)، والمبسوط (٨٣/١).

٣- وقال محمد بن الحسن رحمه الله في «نواذر إبراهيم بن رستم»: إذا مسح الرجل خفه بإصبع واحدة وأمرها على خفه لم يجزه حتى يعيدها في الماء ثلاث مرات، لأنه في المرة الأولى حين أزالها عن موضعها فذلك ماء قد توضع به، فجعل الماء بمزايته الموضع مستعملاً في المسح.

ولو مسح رأسه أو خفه بثلاث أصابع وأمرها إلى ربع رأسه جاز ولم يضر الماء مستعملاً. ولو أنه صب على عضو من أعضائه ونقله إلى موضع ثان جاز ولم يضر الماء بملاقاته مستعملاً سواء كان بإصبع واحدة أو بثلاث^(١).

والفرق أنه إذا مسح بإصبع واحدة فالماء الذي عليه لم يصل بنفسه إلى ربع رأسه لفلقه فلا يجوز له مدها إلى ربع الرأس، ونبت له حكم الاستعمال، كما لا يجوز مده الماء في الوضوء من اليد إلى الوجه والرجل.

وأما في المسح بثلاث أصابع (فإنه) بخلافه لأنه يجوز أن يصل الماء بنفسه إلى ربع رأسه بأن ينحدر الماء إليه فجاز له، أن يمرها عليه، ويمدها إليه فلا يثبت له حكم الاستعمال، كالجنب إذا صب الماء على عضو ثم مده إلى عضو آخر فإنه يجوز، كذلك هذا.

يوضح الفرق بينهما أن قلة الماء يمنع سيلانه بنفسه إلى موضع آخر ولم يكن سيلانه من مقتضى وصفه فأضيف إلى فاعله، فصار هو مستعملاً له في الموضع الثاني، كما لو استعمله في الموضع الأول، ثم لو استعمل المستعمل فإنه لا يجوز، كذلك هذا. وليس كذلك الماء في الوضوء لأن كثرة الماء أوجبت سيلانه بنفسه فكان سيلانه من مقتضى وصفه فلا يضاف إليه ولم يعط له حكم الاستعمال.

ولهذا قلنا: اتفقنا أنه لو رمى طيراً في الهواء فأصابه فوقه على الأرض ومات حل. ولو وقع على سنان الرمح أو في الماء لم يحل. لأن وقوعه على الأرض من مقتضى رميه فكأنه تلف بالرمي، فيضاف موته إلى الرامي، وموته في وقوعه.

ووقوعه على سنان الرمح أو في الماء ليس من موجب الرمي، فلم يضاف إلى الرامي، فكأنه حصل من غير فعله، كذلك هذا.

٤- إذا مسح على الجبائر ثم سقطت الجبائر عن غير برء مضى على صلاته. ولا

(١) انظر: حاشية ابن عابدين (٣٠٦/١)، والدر المختار (١٠٢/١).

يلزمه الإعادة.

وإن كان السقوط عن برء لزمه غسل ذلك الموضع، كما يلزمه غسل الرجلين إذا نزع الخف بعد ما مسح عليهما^(١).

وجه الفرق أنه إذا سقط عن غير برء لم يجب غسل ذلك الموضع بالحدث المتقدم على شد الجبائر، فجاز له المضي على صلاته، كما لو كانت الجبائر على ظهره أو بطنه. وليس كذلك إذا نزع خفيه أو سقطت الجبائر عن برء، لأنه يلزمه غسله بالحدث المتقدم على السقوط، وإنما رخص له في تركه ما دام لا بأساً للخفين وما دامت الجبائر على الجرح فإذا سقطت عن برء أو نزع الخف لزمه غسلهما بمعنى متقدم على الدخول في الصلاة وهو الحدث، فصار كأنه دخل في الصلاة ولم يغسل رجليه مع قدرته عليه ولو كان كذلك لم تجز صلاته، كذلك هذا، وهذا كما قلنا في المتيّم إذا دخل في صلاته ثم وجد الماء انتقضت طهارته، واستأنف صلاته، كذلك هذا.

٥- ولصاحب الجرح أن يمسح على الجبائر وإن طالّت المدة.

وليس للماسح على الخفين أن يمسح أكثر من ثلاثة أيام ولياليها إذا كان مسافراً وأكثر من يوم وليلة إذا كان مقيماً.

والفرق بينهما أنا لو قلنا إنه ينتقض مسحه بمضي الوقت لعاد إلى مسح مثله، والطهارة لا تنتقض إلى طهارة مثلها من غير حدث، كذلك هذا.

وليس كذلك المسح على الخفين، لأنه لو قلنا إنه ينتقض مسحه بمضي الوقت لرجع إلى الوضوء فيؤدي إلى أن ينتقض المسح إلى الغسل من غير حدث، وهذا جائز كالمتيّم إذا رأى الماء.

٦- كافر ميت غسل ثم أوقع في ماء ينجسه^(٢).

وإن غسل مسلم ميت ثم أوقع في ماء لم ينجسه.

والفرق أنا حكمنا بنجاسة الكافر بموته ولم يوجد ما يوجب الحكم بطهارته، بدليل أنه لا تجوز الصلاة عليه، فاستوى وجود الغسل وعدمه في حقه، وليس كذلك المسلم، لأنه وجد ما يوجب الحكم بطهارته بدليل جواز الصلاة عليه، فصار ككوب نجس غسل ثم وقع في ماء فإنه لا يفسده، لأننا حكمنا بطهارته وجواز الصلاة عليه، وهذا

(١) انظر: المبسوط للرخسي (١/٢٤)، (٢/١٣٧)، والمبسوط للشيباني (١/٢٦)، وتحفة الفقهاء (١/٩١)، وبدائع الصنائع (١/١٥٩، ٥٩).

(٢) انظر: بداية المتدي ص (٣١)، والهداية شرح البداية (١/٩٣).

المعنى قلنا إنه لو صلى وهو حامل شهيداً على نوبه دم حازت صلاته، لأننا حكمنا بطهارته، بدليل جواز الصلاة عليه، فحازت صلاته معه كذلك هذا.

٧- قال في الأصل: إذا كان جنباً ولا يجد ماء، وفي المسجد عين ماء فإنه يتيمم ويدخل المسجد، ثم إذا لم يقدر أن يقع في العين لصغرهما ولم يكن معه ما يستغني به فإنه يتيمم ويصلي به الفرض، فالتيمم الذي وقع لدخول المسجد لا يجوز أداء الصلاة به. ولو تيمم لسجدة التلاوة جاز أداء الصلاة به^(١).

والفرق أن سجدة التلاوة من جنس الصلاة لأن السجود في الحملة من أركان الصلاة، وإذا وقع التيمم لما هو من جنس الصلاة جاز أداء الصلاة به، كما لو وقع للنطوع جاز أداء الفرض به.

وليس كذلك دخول المسجد، لأنه ليس من جنس الصلاة ولا هو ركن من أركانها فلم يقع التيمم لجنس الصلاة، فلا يجوز أداء الصلاة به، كما لو لم ينو أصلاً لم يجز أداء الصلاة به كذلك هذا.

٨- ويؤذن المؤذن إذا كان مسافراً ركباً إن شاء، وينزل للإقامة^(٢).

والفرق أن الأذان من سنن الصلاة، والمقصود منه الإعلام، ولم يشرع موصولاً بالصلاة، والإعلام يحصل إذا كان ركباً، وسنن الصلاة يجوز للمسافر أداؤها ركباً، كركعتين بعد المغرب وأربع قبل الظهر، والفصل بين الأذان والصلاة بالنزول لا يمنع جوازه، لأن الفصل بينهما مشروع، فجاز له أن يؤذن ركباً في السفر وإن كان مقيماً فسنن الصلاة لا يجوز أداؤها ركباً في المصير كذلك الأذان.

وأما الإقامة فشرعت موصولة بالصلاة، فإذا أقام ركباً أدى إلى الفصل بين الشروع في الصلاة وبين الإقامة بالنزول، والفصل بينهما غير مشروع، فلا يقيم ركباً.

٩- ولو اقتصر المسافر على الإقامة أجراه، وإن تركها كان مسيئاً^(٣). والمقيم إذا ترك الأذان والإقامة وصلى وحده، واكتفى بأذان الناس وإقامتهم لا يكون مسيئاً.

والفرق: أن هذه سنة تقوم بها الجماعة، فإذا لم يوجد ههنا من يقوم بها توجهت

(١) انظر: حاشية ابن عابدين (١٧٢/١، ٢٩٢)، والمبسوط للسرحي (١١٨/١)، وبدائع الصنائع (٥٠/١).

(٢) انظر المبسوط (١٣٢/١). وشرح فتح القدير (٢٤٨/١)، وبدائع الصنائع (١٥١/١).

(٣) انظر المبسوط (١٣٢/١). وبدائع الصنائع (١٥٢/١).

عليه، كما لو وجد ميتاً وحده في المفازة فعليه دفنه، بخلاف ما لو كان معه جماعة، وكذلك إذا سلم عليه إنسان لزمه الإجابة.

وليس كذلك المقيم، لأن هذه سنة يقوم بها الجماعة، وقد وجد ههنا من يقوم بها، لأن الناس يؤذنون في المساجد وقيمون، فلا يكون هو مأموراً بها، كما لو وجد ميتاً في المصر ووجد من يواريه ويقوم بتجهيزه ودفنه، فإنه لا يكون بتركه أثماً كذلك هذا.

وفرق آخر: أن أذان المؤذن في المصر وقع لجماعة وإخبار الناس، لأنه أمر بأن يصلي معهم، وإذا وقع له لم يحتج إلى الإعادة، ما لو خرج إلى المسجد، ولا يقع لجماعة أخرى، بدليل أنهم لا يؤمرون بالخروج إلى ذلك المسجد، فلا يقع لهم فأمرؤا به.

وأما المسافر فأذان أهل المصر لم يقع له، بدليل أنه لا يؤمر بالعود إلى المصر ليصلي مع الناس، وإذا لم يقع له احتاج إلى فعله كالجماعة في المصر.

١٠ - وإذا أذنت امرأة جاز، وهو مكروه في رواية الأصل.

ولو أذن السكران أو المجنون فأحب إلي أن يعاد^(١).

والفرق أن الأذان دعاء إلى الصلاة، وقول السكران والمجنون لا يقع به الإعلام، إذ الناس لا يعتمدون عليه ولا يمكنهما أن يأتيا به على نظمه وترتيبه، فصار كأذان الصبي الذي لا يعقل.

وأما المرأة فأذانها يقع به الإعلام، لأنها تقدر أن تأتي بالحروف على نظمها وترتيبها، ويعتمد على قولها، ألا ترى أن قولها يقبل في الشهادات وغيرها، كذلك هذا. والمستحب أن يعاد في المجنون ولا يعاد في المرأة، لأن المرأة من أهل الجماعة، بدليل أنها لو خرجت إلى الجمعة وصلت ركعتين جاز عنها فجاز أن تكون من أهل الأذان كالصبي المراهق والبالغ. وأما المجنون والسكران فليسا من أهل الجماعة لأنهما يجنبان المسجد فصارا كالصبي الصغير.

١١ - ويقضي الفوائت بعد الفجر قبل طلوع الشمس وبعد العصر قبل غروب الشمس، ويصلي على الجنائز، ويسجد للتلاوة^(٢).

ولا يركع ركعتي الطواف، ولا يصلي المنذورة في هذين الوقتين.

والفرق أن وجوب الصلاة على الجنائز وقضاء الفوائت وسجدة التلاوة لا يقف

(١) انظر المبسوط للسرخسي (١٣٨/١، ١٤٠).

(٢) انظر حاشية ابن عابدين (٣٧٤/٢) والهداية (٢٥/١).

على فعله، ألا ترى أنه يسمع الآية من غيره فتلزمه سجدة التلاوة، كذلك يحضر الحاضرة فتلزمه الصلاة عليها، وإذا لم يكن وجوبها بفعل من جهته جاز أدائها في هذين الوقتين كفرض الوقت.

وأما ركعتا الطواف والمنذورة فوجوبها بسبب من جهته، إذ لولا طوافه ونذره لما لزمه فصار كوجوبها بشروعه فيهما ولو أراد أن يشرع في صلاة متطوعاً في هذين الوقتين لتجب عليه لم يجز أدائها فيهما، كذلك هذا.

١٢ - إذا افتتح التطوع حالة الطلوع والغروب والانتصاف ثم أفسدها لزمه القضاء في ظاهر الرواية^(١).

ولو شرع في صوم يوم النحر وأيام التشريق ثم أفسده لم يلزمه القضاء. والفرق أن النهي إنما ورد عن الصلاة في هذه الأوقات، والصلاة إنما هي أركان مثل القيام والركوع والسجود، فابتداء الافتتاح ليس بصلاة، فلم يوجد ما هو المنهي عنه، فجاز أن يلزمه.

وليس كذلك الصوم، لأن النهي ورد في صوم يوم النحر، وابتداء الصوم صوم، لأن الصوم ليس هو إلا الإمساك فوجد الفعل المنهي عنه، فجاز أن لا يثبت حكمه ولا يؤمر بإتمامه.

وفرق آخر، وهو أنه إنما وجد التكبير في هذه الأوقات، والتكبير ليس من الصلاة، فأنعقدت التحريم من غير نهي، فجاز أن يؤمر بقضائه عند الإفساد. وأما الصوم فابتداء الإمساك من الصوم وجزء منه، فوجد جزء منه على وجه الفساد وهو مأمور بقطعه، فإذا قطع لا يؤمر بقضائه.

ولأن التكبير قول، فقد أوجب الصلاة بقوله، فصار كإيجابه بالنذور. والشروع في الصوم فعل من أفعاله، فجاز أن لا يلزمه حكمه على وجه الفساد إذا كان مأموراً بإبطاله، كما لو دفع دراهم إلى إنسان على ظن أنه عليه، ثم بان أن لا شيء عليه، فارتجع لم يضمن كذلك هذا.

١٣ - وإذا أحدث في ركوعه أو سجوده فذهب وتوضأ لم يجر الاعتداد بذلك الركوع أو السجود الذي أحدث فيه^(٢).

(١) انظر بداية المبتدي (ص ٢١)، والهداية (٦٩/١)، والميسر (١٥٩/١).

(٢) انظر حاشية ابن عابدين (٦٠٥/١) والبحر الرائق (٣٩١/١، ٤٠٤)، والهداية (٦١/١)، والجامع الصغير للشيخاني (ص ٨٨).

ولو ذكر في الركعة الثانية سجدة التلاوة فخر ساجداً لها ثم رفع رأسه فقال إن احتسبت بذلك الركوع جاز.

والفرق أن إتمام الركوع واجب عليه، وإتمامه بالخروج منه، فلو قلنا: إنه يعتد بالانحطاط خروجاً، صار مؤدياً جزءاً من صلاته في تلك الحالة، وهو ظاهر فجاز. وأما إذا ذهب ليتوضأ فإتمام الركوع بالخروج منه واجب، فلو قلنا: إنه يعتد بذهابه خروجاً من الركوع حتى لا يلزمه العود إليه لجعلناه متمماً له، فيصير مؤدياً جزءاً من الصلاة مع الحدث، وأداء جزء من الصلاة مع الحدث لا يجوز، فلا نجعله خارجاً، فلزمه العود إليه ليخرج منه.

١٤ - الفتح على الإمام لا يفسد الصلاة ويكره، لأنه يقرأ خلف الإمام هكذا ذكر في المجرّد^(١).

والفتح على غير الإمام يفسد الصلاة.

والفرق أن قراءة الإمام قراءة للمؤتم، فإذا فتح عليه قصد بقراءته استصلاح صلاته، فلم تبطل صلاته كالمنفرد إذا قرأ.

وليس كذلك إذا فتح على غير الإمام، لأن قراءته ليست بقراءة له فقد أخرجه من حكم صلاته وجعله جواباً له وخاطبه، فصار كما لو علمه القرآن أو تعلم منه، ولو كان كذلك بطلت صلاته كذلك هذا.

١٥ - وإذا مر المصلي بآية فيها ذكر الموت أو النار، فوقف عندها وتعوذ واستغفر، وهو وحده في التطوع، فذلك حسن. وإن كان إماماً كره له ذلك^(٢).

والفرق أنه إذا كان إماماً فهو فيما يقف يشكك القوم لأنهم ربما يظنون أنه ارتج عليه، فيفتحون عليه، ولأنه يؤدي إلى تطويل الصلاة عليهم، وقال النبي عليه السلام لمعاذ: «صل بهم صلاة أضعفهم»^(٣)، فلا يفعل ذلك.

وأما في التطوع وحده لا يؤدي إلى التطويل على أحد، ولا إلى التغليظ والتشكيك، والاشتغال بالقراءة تطوع، والتدبر تطوع، فاستويا فإن شاء وقف وتدبر، وإن شاء مضى

(١) انظر البحر الرائق (٦/٢).

(٢) انظر المبسوط للسرخسي (١٩٨/١)، وبدائع الصنائع (٢٣٥/١).

(٣) أورده الحافظ في الدراية تخريج أحاديث الهداية (١٨٩/٢)، والربيعي في نصب الراية (١٣٩/٤)، والشوكاني في نيل الأوطار (٢٠٦/٣). من حديث عثمان بن العاص.

١٦- وإذا صلى على بساط فيه تماثيل، فإن كانت في موضع سجوده كره له ذلك. وإن كانت تحت قدميه فلا بأس به^(١).

والفرق أنه إذا توجه إليها فقد تشبه بعبدة الأوثان، لأنهم يتوجهون إلى الصورة، والتشبه مهم لا يجوز، بدليل ما روي عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال: «من تشبه بقوم فهو منهم».

وإذا كانت تحت قدميه لم يكن متشبهًا بهم، لأنهم لا يفعلون هكذا وإنما يكون ذلك صغارًا ومذلة واستخفافًا فجاز له ذلك، كما لو وطئ صمًا بقدمه، ولو فعله فإنه يجوز، كذلك هذا.

١٧- ويسجد المسبوق مع الإمام سجدي السهو قبل أن يقوم إلى قضاء ما سبقه به، ولا يعيده إذا سجد مع الإمام.

ولو لحق أول صلاته، ثم نام أو أحدث في صلاته، ثم اتبته وأدرك الإمام في آخر صلاته، فإنه يتدبى بقضاء ما سبق به، ثم يسجد لسهوه، ولو سجد مع الإمام لم يعتد به. والفرق أن المسبوق التزم الاقتداء بالإمام ومتابعته في مقدار ما يصلي الإمام، وأوجب الانفراد بالباقي بعد فراغه، بدليل أنه لو قام إلى قضاء ما سبق به قبل فراغ الإمام وأدى ركعة لم يحز، فدل على أنه التزم متابعة الإمام في جميع أفعال صلاته، وسجود السهو من صلاة الإمام، فإذا انفرد المسبوق به قبل فراغ الإمام من السجود، صار منفردًا في محل التزم الاقتداء به فيه، وهذا لا يجوز، كما لو نوى في خلال صلاته الانفراد وقام إلى قضاء ما سبق قبل قعود الإمام قدر التشهد.

وليس كذلك اللاحق لأنه لما أدرك أول صلاته فقد علق صلاته بصلاة إمامه، وأوجب أن يفعلها كما يفعل الإمام، ولم يوجب الانفراد بشيء، والإمام يسجد للسهو بعد الفراغ من جميع أفعال صلاته كذلك هو يجب أن يسجد للسهو في آخر صلاته، فلو قلنا: إنه يسجد مع الإمام ثم يقضي، لصار مناقضًا ما أوجبه بعقده، وهذا لا يجوز.

١٨- يقرأ المسبوق فيما يقضي.

ولا يقرأ اللاحق.

فرق لأن اللاحق معمول في الحكم كأنه خلف الإمام، بدليل أنه لا يسجد للسهو،

(١) انظر البحر الرائق (٢٨٢/١)، وتحفة الملوك (٦١/١)، والمبسوط للشيباني (٢١٥/١).

وإنما يسجد لسهو إمامه، ولو كان خلف الإمام لا يقرأ، كذلك هذا. وليس كذلك المسبوق، لأنه فيما يقضي منفرد، بدليل أنه يسجد لسهو نفسه، ولا يسجد لسهو غيره، والمنفرد يقرأ في صلاته، فدل على أنه يقرأ.

١٩- والمسبوق يشارك الإمام في سجود السهو.

ولا يتابعه في تكبير التشريق وتلبية الإحرام.

والفرق أن سجود السهو يدخل في التحريمة، بدليل أنه يحتاج إلى تحلل من بعد، وهو قد التزم الاقتداء بالإمام في مقدار ما يصلي، وأوجب الانفراد بالباقي، وسجود السهو من صلاته ولزمه متابعتة.

وليس كذلك تكبير التشريق والتلبية، لأنهما شرعاً بعد التحلل خارج التحريمة، بدليل أنه لا يحتاج إلى التحلل من بعد، وهو إنما التزم متابعة الإمام في التحريمة فإذا خرج منها لم يلزمه متابعتة.

٢٠- وعلى المسبوق أن يقرأ فيما يقضي، وإن كان قد قرأ الإمام فيما صلى، ولا ينفعه قراءة الإمام، وكذلك إن قرأ هذا المؤتم فيما يصلي مع الإمام لم ينفعه، ويلزمه القراءة فيما يقضي.

ولو اقتدى المقيم بالمسافر ثم سلم الإمام فقام المقيم ليقضي بقية صلاته، فإنه لا يقرأ.

والفرق أن المسبوق لم يقتد بالإمام فيما تعينت القراءة عليه فيه، لأن القراءة لا تعين في الركعتين الآخرين، وإنما تجب في إحدى الركعتين إما في الأوليين أو في الآخرين، وإذا قرأ الإمام في الأوليين لم يعد القراءة في الآخرين، فلم يقتد بالإمام في صلاة تعينت القراءة عليه، فلم تقع قراءته للمؤتم، فصار كما لو لم يقرأ الإمام في الآخرين وصلى خلفه، فيجب أن يقرأ فيما يقضي، لتحصل له القراءة في إحدى الركعتين من الأربع^(١).

وليس كذلك المسافر والمقيم، لأن فرض القراءة تعين على الإمام، فقد اقتدى المقيم به في صلاة تعينت القراءة عليه فيها، فجعلت قراءته قراءة له، فحصلت له القراءة في ركعتين ولا يلزمه القراءة في الباقي.

(١) انظر السبوط (٢٣٠/١) ونور الإيضاح (٥٥/١)، والهداية شرح البداية (٤٨/١)، والبحر الرائق (٢٤٩/١، ٣٧٧، ٣٨٣، ٤٠٠).

قال الشيخ الإمام: قلت للقاضي الإمام: فلو أن الإمام لم يقرأ في الأوليين وقرأ في الآخرين، واقتدى به هذا المسبوق، فقد تعينت القراءة على الإمام ههنا، فوجب ألا تلزمه القراءة فيما يقضي، قال: لا رواية ههنا.

وأما إذا قرأ هذا المؤتم خلف الإمام لم ينفعه أيضاً، لأنه لا قراءة عليه، وسكوته كقراءته وقراءته كسكوته، ولو لم يقرأ شيئاً حكمه كذلك ههنا.

٢١- وإذا كان في الظهر فتوهم أنه في العصر وطال تفكره حتى شغله عن ركعة أو سجدة، فعليه سجود السهو.

وإن شك في صلاة صلاها قبل هذه الصلاة وهو في هذه، وشغله تفكره عن السجود أو الركوع حتى طوله، فليس عليه سجود السهو.

والفرق أنه غير ركناً من أركان الصلاة ساهياً بما قصد به استصلاح هذه الصلاة، فجاز أن يلزمه سجود السهو، كما لو زاد ركوعاً أو سجوداً.

وليس كذلك إذا تفكر في صلاة أخرى، لأن التغيير لم يقع لمعنى قصد به استصلاح صلاته التي هو فيها، فلم يلزمه سجود السهو، كما لو التفت ساهياً.

٢٢- إذا صلى ركعتين تطوعاً وسها فيهما، فسجد للسهو بعد التسليم ثم أراد أن يني عليه ركعتين لم يكن له ذلك^(١).

ولو صلى المسافر ركعتين وسها فيهما، فسجد للسهو بعد التسليم ثم نوى الإقامة، جاز له أن يني عليه ركعتين.

والفرق أن سلام العمد وقع في محله في التطوع، لأن تحريمة التطوع تقع للركعتين في قول أبي حنيفة ومحمد -رحمة الله عليهما-، والسلام شرع عقيب الركعتين فوقع السلام في محله، وسلام العمد إذا وقع في محله منع البناء عليه فقد قارن البناء ما يمنعه فلا يني عليه، كما لو لم يكن عليه سجود السهو.

وليس كذلك المسافر، لأنه لما نوى الإقامة صارت التحريمة للأربع ولزمته الركعتان الأخريان لحق التحريمة، فصار سلام العمد واقعاً في غير محله على ظن التمام، فلا يمنع البناء عليه، كما لو سلم في الركعتين من الظهر على ظن أنه صلى أربعاً ثم علم أنه صلى ركعتين، بني عليهما ركعتين أخريين كذلك هذا.

(١) انظر الحجة للشيباني (٣٠٢/٢)، والبحر الرائق (٥١/٢)، والهداية شرح البداية (٧٦/١)، والجامع الصغير للشيباني (ص ١٠٥)، والمبسوط للسرخسي (٢٣٣/١)، وللشيباني (٢٩٥/١)، وبدائع الصنائع (٢٩٢/١).

٢٣ - اقتداء المسافر بالمقيم بعد خروج الوقت لا يصح.

واقضاء المقيم بالمسافر بعد خروج الوقت يصح^(١).

والفرق أن من شرط صحة اقتداء المسافر بالمقيم ابتداء أن ينتقل فرضه إلى فرض إمامه، بدليل أنه لو اقتدى به في الوقت انتقل فرضه إلى فرض إمامه، وبخروج الوقت استقر الفرض عليه استقراراً لا يتغير بتغير حاله، ألا ترى أنه لو أقام بعد الوقت لم ينتقل فرضه إلى فرض المقيم، فكذلك إذا اقتدى بمقيم بعد خروج الوقت، ولأن نية الإقامة أبلغ في إلزام الإتمام من الاقتداء بالمقيم، بدليل أن المسافر إذا اقتدى بالمقيم ثم أفسد المقيم صلاته، فإنه لا يلزم المسافر صلاة الإقامة، ولو نوى الإقامة ثم أفسد صلاته لزمه صلاة الإقامة، ثم لو نوى الإقامة بعد خروج الوقت لم يلزمه الإتمام، فلأن لا يلزمه الاقتداء بالمقيم أولى وأحرى فدل على أنه بخروج الوقت استقر الفرض عليه استقراراً لا يتغير بتغير حاله، فبقي فرضه ركعتان فلو جوزنا اقتداءه بالمقيم بعد خروج الوقت لجوزنا أن يقتدي من فرضه ركعتان بمن فرضه أربع ركعات وهذا لا يجوز، دليله مصلي الفجر إذا اقتدى بمصلي الظهر لم يجز.

وليس كذلك المقيم إذا اقتدى بالمسافر بعد خروج الوقت، لأنه ليس من شرط صحة اقتداء المقيم بالمسافر أن ينتقل فرضه إلى فرض إمامه بدليل أنه لو اقتدى به في الوقت لم ينتقل فرضه إلى فرضه، فصار يقتدي من فرضه أربع بمن فرضه ركعتان فهذا جائز، كما لو اقتدى به في الوقت.

فإن قيل إذا كان الإمام مسافراً وخلفه مسافرون ومقيمون، فاستخلف الإمام مقيماً، فإن فرض المسافر لا ينتقل إلى فرض إمامه وهو فرض المقيمين، فانتقض قولكم من شرط صحة اقتداء المسافر بالمقيم أن ينتقل فرضه إلى فرض المقيمين.

الجواب أنا قد احترزنا وقلنا: من شرط صحة اقتداء المسافر بالمقيم ابتداء أن ينتقل فرضه إلى فرض إمامه، وهذا ليس بابتداء وإنما هو بناء فلا يلزمنا.

ووجه آخر أنه لو ثبت أن فرضه بعد الوقت لا ينتقل إلى فرض إمامه، فبقي فرضه في حق المسافرين، وصلاة الإقامة لا ينتقل إلى صلاة السفر، لأنه لو كان في السفينة وهي مشدودة نافلتح صلاة الإقامة ثم سارت السفينة ونوى السفر لم يبين عليها صلاة السفر

(١) انظر الهداية (٨١/١)، والبحر الرائق (١٤٥/٢) ونخبة الملوك (٩٩/١)، وحاشية ابن عابدين (١/٤٥٩)، والمبسوط (٢٤٣/١)، وشرح فتح القدير (٣٨/٢). وبدائع الصنائع (٩٣/١، ١٠٢).

وإنما يتمها أربعاً، فإذا لم يجز أن ينتقل إليه لم يجز أن يني عليه، دليله صلاة التطوع، وإنما لم يجز أن ينتقل إلى الفرض لم يجز بناء الفرض عليه، كذلك هذا.

وليس كذلك المقيم إذا اقتدى بالمسافر بعد خروج الوقت، لأن تحريمه المرفوض يجوز أن تنتقل إلى التطوع، وهو أن يفتح صلاة يظن أنها فرض عليه ثم بان أن لا فرض عليه انتقلت تطوعاً، وإذا جاز أن ينتقل إليه جاز أن ينيه عليه، كمصلي التطوع حلف المفترض يجوز، كذلك هذا.

ووجه آخر لا يني صلاة السفر على صلاة الإقامة من عقد نفسه، وهي مسألة السفينة التي ذكرناها، فلا ينيه من عقد غيره، كما لا يجوز بناء الفرض على التطوع. ويبي صلاة الإقامة على صلاة السفر من عقد نفسه، فجاز أن ينيه من عقد غيره، كما لا يجوز بناء التطوع على الفرض.

٢٤- وإذا أحدث الإمام في خلال صلاته وقد سها، فاستخلف رجلاً فسها أيضاً، كفاه سجدة واحدة لسهوه ولسهو الأول.

ولو أن الإمام الأول قرأ آية السجدة وسجد لها ثم أحدث، فاستخلف فقرأ الثاني تلك الآية تلزمه سجدة أخرى^(١).

والفرق أن سجود السهو جبران للتحريم، والأول قد استخلف الثاني في التحريم، فقام مقامه وصار كسهوه وهو لو سها لزمه سجدة واحدة كذا هذا.

وليس كذلك سجود التلاوة، لأنها تجب بالتلاوة لا لحق التحريم، بدليل أنه يجب خارج التحريم، وإنما يتداخل بالتكرار ولم يوجد، لأنه لم تسبق من الثاني تلاوة فجاز أن تلزمه سجدة أخرى، كما لو تلا آية أخرى.

٢٥- إذا تلا التالي آية السجدة مرات وهو في الصلاة على الراحلة، والراحلة تسير كفاه سجدة واحدة.

وإن تلاها خارج الصلاة على الدابة وهي تسير لزمه لكل قراءة سجدة. والفرق أن التحريم جمعت حكم الأماكن كلها فجعلها في الحكم كموضع واحد، بدليل جواز الصلاة وإن كانت تسير، فصار كما لو كان في بقعة واحدة، فيكون معيداً مكرراً ولا يجب أكثر من سجدة، كذلك هذا.

(١) انظر الهداية (٢٧/١)، والبحر الرائق (٤٣/١، ٣٤٩)، وحاشية ابن عابدين (١٩٤/٢)، وحاشية الطحطاوي على مراقي الفلاح (٢٠٨/١، ٢٨٣)، والمبسوط للسرخسي (١٧٤/١، ٢٢٥) والحجة للشيباني (٢٩٧/١)، والمبسوط له (١٨٠/١، ٢٣٥).

وأما إذا كان خارج الصلاة فالتلاوة وجدت في أماكن متفرقة، ولم يوجد ما يجمع حكم الأماكن، فصارت كالمجالس المختلفة فلا يكون معيذاً ومكرراً، إذ الإنسان لا يكون معيذاً الشيء في مجلس آخر تكررًا، لما وجد منه في المجلس الأول وتأكيذاً وإنما يكون توكيذاً للكلام الأول في مجلسه فقط، فلم يقتصر على واحد.

٢٦- إذا تلا آية السجدة في الصلاة وسمعها من أجنبي خارج الصلاة أجزأته سجدة واحدة، فإن سجدها ثم أحدث فذهب فتوضأ ثم عاد إلى مكانه وبني على صلاته ثم قرأ ذلك الأجنبي تلك السجدة، فعلى هذا المصلي أن يسجدها إذا فرغ من صلاته، فجعل في حق غير المصلي كالمجلسين^(١).

ولو سمع من أجنبي آية السجدة وهو على الدابة تسير فسجدها ثم تلا ثانية لم يلزمه سجدة أخرى، فجعل الأماكن كالمكان الواحد.

والفرق أنه إذا ذهب ليتوضأ فهو غير مصل في تلك الحالة، لأننا لو جعلناه مصلًا وهو يحدث يجب أن تبطل صلاته، فهو في الصلاة وليس بمصل كالنائم، فقد فصل بين السماع الأول والثاني ما ليس بصلاة، فصار كما لو فصل بينهما بقطع الصلاة. وليس كذلك مسألة الدابة، لأنه مصل في حالة السير، بدليل أن ما يقع به من أفعاله في تلك الحالة يقع معتدًا بها، فقد سمع وهو مصل وسمع ثانيًا وهو مصل تلك الصلاة أيضًا، فلم يفصل بينهما بما ليس بصلاة، فجاز أن يقتصر على سجدة واحدة.

٢٧- الواجب في أول الوقت أن يصلي صلاة الوقت بعد الفائتة، فإن صلى صلاة الوقت أولاً لم يجزه^(٢).

والواجب في آخر الوقت أن يصلي صلاة الوقت ثم الفائتة، فإن صلى الفائتة أجزأته ولا يلزمه قضاؤها.

والفرق أن النهي عن فرض الوقت في أول الوقت إذا كانت عليه فائتة لمعنى في نفس الصلاة بدليل أنه لو تنفل أو عمل عملاً آخر لم ينع عنه فدل على أن النهي لمعنى في نفس المنهي عنه، والنهي إذا اقتصر على المنهي عنه اقتضى الفساد.

وليس كذلك آخر الوقت، لأن النهي عن قضاء الفائتة لمعنى في غير الصلاة وهو تأخير فرض الوقت، بدليل أنه لو انتقل أو اشتغل بشيء آخر كان منهياً عنه، والنهي إذا

(١) انظر البحر الرائق (١٣٦/٢). والمبسوط للسرْحسي (٨/٢)، ونحفة الفقهاء (٢٣٧/١)، وبدائع الصنائع (١٨٩/١).

(٢) انظر حاشية ابن عابدين (٣٧٩/١)، والمبسوط (١٩٤/٣).

كان لمعنى في غير المنهى عنه لا يوجد الفساد كالبيع وقت النداء.

٢٨- المريض إذا لم يقدر على القعود صلى مستلقياً على قفاه ورجلاه إلى القبلة في ظاهر الروايات ولا يستقبل القبلة مضجعا إلا أن لا يقدر^(١).

وأما توجيه الميت في اللحد، والمريض المحتضر فإنه يوجه على شقه الأيمن.

الفرق ومدارهما على الخبر، وهو ما روي عن علي عليه السلام أنه قال: «المريض يصلي قائماً إن استطاع، فإن لم يستطع فليصل قاعداً، يجعل سجوده أخفض من ركوعه، فإن لم يستطع قاعداً صلى مستلقياً على قفاه ورجلاه مما يلي القبلة»^(٢).

وعن ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال: «يصلي المريض مستلقياً على قفاه يلي قدماه القبلة»^(٣).

وفي الميت روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «يا علي استقبل به القبلة استقبلاً، وقلوا جميعاً باسم الله وعلى ملة رسول الله، وضعوه لجنبه ولا تكبوه لوجهه ولا تلقوه لظهره»^(٤).

ووجه آخر من طريق المعنى أن المريض يؤمر بالإيماء، ومتى أوماً خفض رأسه فجعل وجهه إلى غير القبلة، والانحراف في بعض الصلاة عن القبلة لا يجوز. وأما حالة الاحتضار والدفن فلا يحتاج إلى الحركة، وقد حصل متوجهاً إلى القبلة فجاز.

ولأن المريض يعرض له الصحة والقدرة على القعود فمتى كان مستلقياً على ظهره، فإذا قعد حصل متوجهاً نحو القبلة في قيامه وقعوده فجاز، وأما إذا كان على جنبه ماداً رجله فإذا قعد حصل متوجهاً إلى غير القبلة فيحتاج إلى الانحراف إلا أن يوجه رجله أولاً إلى القبلة ثم يقعد، فهذه حالة تقرب إلى الصحة والقعود فاعتبر به.

(١) انظر البحر الرائق (١٢٤/٢)، والمبسوط (٢١٣/١). وحاشية ابن عابدين (٢٣٣/١). وتحفة الفقهاء (١٩١/١)، والأنار للشيباني (ص ٥١).

(٢) أورده الشوكاني في الدراري المضية (١٢٤/١)، وعزاه للبخاري وأهل السنن وغيرهم. وانظر اختلاف العلماء للمروزي (ص ٤٩). ومصنف ابن أبي شيبة (٢١٢/٢).

(٣) رواه عبد الرزاق في المصنف (٤٧٤/٢)، والدارقطني (٤٣/٢)، والبيهقي في الكبرى (٣٠٨/٢).

(٤) لم أقف على هذا اللفظ وإنما جزء منه فيما رواه الحاكم (٥٢٠/١)، وابن حبان (٣٧٥/٧)، والنسائي في الكبرى (١٩١/٦)، وابن ماجه (٤٩٤/١).

- وأما المختصر فهذه حالة تقرب من الموت فاعتبر بحالة الموت، وحالة القتل في الشاة تضجع على جنبها عند الذبح، لأن استلقاءها على ظهرها أشق عليها كذلك هذا.
- ٢٩- الميت إذا وجد في المعركة وليس به جرح إلا أن الدم خرج من عينيه أو أذنيه لا يغسل وإن خرج الدم من ذكره وأنفه ودبره غسل.
- والفرق أن الدم لا يخرج من الأذن والعين من غير ضرب، فكان وجوده دليلاً على الضرب فحمل على أنه مات منه، فصار كما لو علم بالضرب.
- وليس كذلك الأنف والذكر، لأن الدم قد يخرج منهما من غير علة وضرب، فلم يكن وجوده دليلاً على الضرب، فصار كما لو مات حتف أنفه.
- ٣٠- إذا أحدث الإمام بعد الخطبة، فأمر رجلاً يصلي بالناس، فإن كان الرجل يشهد الخطبة جنباً فأمر المأمور رجلاً يشهد الخطبة، فصلى المأمور الثاني بهم أجزاءه.
- وإن كان المأمور الأول لم يشهد الخطبة لم يجز أمره لغيره جنباً كان أو طاهرًا.
- ففرق بين ما إذا كان المأمور الأول جنباً وشهد الخطبة، وبين ما لو لم يشهد.
- والفرق أن الاغتسال ليس من شرائط الجمعة، بدليل أنه لو كان شاهداً فتوضأ جاز وإن لم يغتسل، وإنما هو من شرائط الصلاة، ألا ترى أنه يشترط في سائر الصلوات، وإذا كان من شرائط الصلاة لم يمنع انعقاد الإمامة له، فصار إماماً فجاز أمره لغيره.
- وليس كذلك إذا لم يشهد الخطبة، لأن الخطبة من شرائط الجمعة، بدليل أنه لم يشترط في غيرها من الصلوات، فوجب أن يوجد ممن يؤمر بها لتنعقد له الإمامة ولم يوجد فلم تنعقد الإمامة له فصار يأمر غيره وهو ليس بإمام فلا يجوز، كما لو كان المأمور الأول صبيًا.
- ٣١- وإذا افتتح الإمام الصلاة، ثم أحدث فاستخلف رجلاً لم يشهد الخطبة، فإن له أن يصلي بهم الجمعة.
- ولو افتتح الصلاة من لم يشهد الخطبة لم يجز.
- والفرق أن الأول لما أدرك الخطبة انعقدت له الجمعة فصار الثاني يني على تحريمه صحة الجمعة فجاز.
- وليس كذلك إذا افتتح ولم يشهد الخطبة، لأن الجمعة لم تنعقد والخطبة شرط في انعقادها، وإذا لم يشهد لم ينعقد ابتداءها للجمعة فلا يصح البناء عليها.
- ٣٢- ومن سها عن التشهد الأول حتى قام لم يعد.
- وإن سها عن التشهد الأخير حتى قام عاد إلى القعود وتشهد وسلم وسجد

ومدارهما على الخبر وهو ما روي عن النبي عليه السلام أنه قام من الثانية إلى الثالثة فمسح به فلم يعد.

وروي أنه قام من الرابعة إلى الخامسة فمسح به فعاد.

والفرق من طريق المعنى أن القيام إلى الثالثة فريضة والقعود سنة، وإذا قام إلى الثالثة وقع قيامه معتدًا به، لأنه يقع عن الفرض، فلا يجوز له رفضه والعود إلى ما قبله لأداء مسنون، فأمر بالمضي على الصلاة.

وأما في القعدة الأخيرة فالقيام غير مأمور به والقعود مفروض عليه، فإذا قام إلى الخامسة لم يقع معتدًا به، والقعود فرض عليه والعود إلى أداء المفروض أولى من الاشتغال بما ليس بمسنون، فأمكنه رفضه والعود إلى ما قبله فوجب أن يرفضه ويعود.

٣٣- وإن قعد في الرابعة ولم يتشهد، ثم قام إلى الخامسة فإنه يعود إلى القعود ويقرأ التشهد.

وإن قعد في الثانية ولم يقرأ ثم قام إلى الثالثة فإنه لا يعود^(٢).

والفرق أنه إذا قام إلى الخامسة ساهيًا وجب عليه العود إلى أداء الفرض عليه وهو السلام، فإذا عاد إلى القعود فمحل التشهد باق فلزمه أن يتشهد.

وليس كذلك القعدة في الثانية، لأن المتروك مسنون والقيام مفروض، فلا يلزم ترك المفروض لأداء المسنون إذ الاشتغال به أولى، ولم يترك فرضًا حتى يلزمه العود إلى القعود، فمحل التشهد قد فات، فلم يلزمه وسقط كما لو رفع رأسه من الركوع، ولم يسح لم يؤمر بالعود إليه كذلك هنا.

٣٤- إذا تلا الجنب آية السجدة أو سمعها لزمه سجدة التلاوة.

ولو تلتها الحائض لم يلزمها.

والفرق أن سجود التلاوة جزء من أجزاء الصلاة، والجنب يلزمه الصلاة عند وجود سببه وهو دخول الوقت، فكذلك يلزمه أجزاءه ويؤديه بعد الاغتسال كما يؤدي الصلاة. وليس كذلك الحائض، لأنه لا يلزمها الصلاة عند وجود سببها، فكذلك لا يلزمها جزء منها، وسجدة التلاوة جزء منها فلا يلزمها.

(١) انظر حاشية ابن عابدين (٩١/٢)، والمبسوط للسرخسي (٢٣٤/١)، ونحفة الفقهاء (١٥/١)،

وبدائع الصنائع (١٧٠/١).

(٢) انظر البحر الرائق (١١١/٢).

٣٥- لا يتقدر أقل النقاس. ويتقدر أقل الحيض^(١).
والفرق أن للنقاس علماً ظاهراً يدل على خروجه من الرحم، وهو تقدم الولد عليه،
فاستوى قليله وكثيره لوجود علمه الدال عليه.
وليس مع الحيض علم يدل على خروجه من الرحم، فإذا امتد في الأيام صار
الامتداد دلالة على أنه دم الحيض المعتاد، وإذا لم يمتد لم يوجد دلالة فلا يجعل حيضاً،
كما قلنا في دم الرعاف.

٣٦- لا يجوز للواحد والاثنين أن يسافرا بالقرآن إلى أرض الحرب.
ويجوز الآية والآيتان^(٢).
والفرق أن المنع من السفر مخافة أن تناله أيديهم فيستخفون به، وهم إنما يقصدون
المصحف بالاستخفاف. ولا يقصدون ما دونه.
فمنع من المصحف ولم يمنع من الآية.
٣٧- ذكر في المتقى عن محمد في صلاة الجالس إذا تشهد في حال القيام فلا سهو
عليه. وإذا قرأ في حال التشهد فعليه السهو.
وجه الفرق أن حال القعود محل التشهد، ولو كان قادراً على الركوع والسجود
وصلى ثم تشهد قائماً لم يلزمه سجود السهو، فإذا افتتح قاعداً أولى أن لا يلزمه.
وليس كذلك إذا قرأ في حال التشهد، لأن حال القعود ليس بمحل القراءة في صلاة
كاملة فلئلا لا يكون محلاً في صلاة ناقصة أولى، فقد قرأ في موضع التشهد فلزمه سجود
السهو.

٣٨- وإذا افتتح الصلاة في المسجد فظن أنه قد سبقه الحدث وانصرف ليتوضأ، ثم
علم أنه لم يسبقه الحدث وهو في المسجد جاز له المضي على صلاته، وكذلك لو ظن أنه
قد أتم صلاته ثم علم أنه لم يتم.
ولو ظن أن على ثوبه نجاسة أو أنه لم يكن متوضئاً فانصرف ليتوضأ ثم علم أنه
كان متوضئاً لم يجز له البناء.

والفرق أنه لما ظن سبق الحدث فقد انصرف من صلاته انصراف استيفاء لا
انصراف رفض، بدليل أنه لو تحقق ما ظنه جاز له المضي، فلم يعد فاصداً إلى الخروج من

(١) انظر بدائع الصنائع (٤١/١).

(٢) انظر الجامع الصغير للشيباني (ص ٣١٩)، وبدائع الصنائع (١٠٢/٧)، وشرح فتح القدير (٥/٤٥٠).

الصلاة فلم يمنع البناء، وكذلك لو ظن أنه قد أتم صلاته فلم ينصرف انصرف رخصاً، لأنه ظن أن الصلاة تامة، ولو تحقق ما ظنه لم تبطل صلاته، فإذا لم يقصد الرخص لم تعد مرفوضة، كما لو سلم ساهياً.

وليس كذلك إذا ظن أنه لم يتوضأ أو على ثوبه نجاسة، لأنه انصرف من صلاته انصرف رخصاً، بدليل أنه لو تحقق ما ظنه بطلت صلاته ولزمه استغسالها، فقد نوى الرخص مقارناً بفعل ليس من أفعال صلاته فبطلت صلاته، كما لو سلم عامداً.

٣٩- ولو ظن المصلي في المسجد سبق الحدث فانصرف ليتوضأ ثم علم أنه لم يسبقه الحدث، فله أن يني على صلاته ما دام في المسجد.

وإذا خرج من المسجد لم يجز له البناء.

والفرق أن بقاع المسجد كلها مجعولة في الحكم كبقعة واحدة وهي كلها محل لوصل بعض الصلاة ببعض، بدليل أنه لو وقف في آخر المسجد واقتدى بالإمام والصفوف غير متصلة جازت صلاته، وإذا كانت بقاع المسجد كلها محلاً لوصل الصلاة بعضها ببعض صارت كالبقعة الواحدة، ولو كان في محله وتحقق أن الحدث لم يسبقه حاز له البناء على صلاته كذلك هذا.

وأما خارج المسجد فهو ليس بمحل لوصل بعض الصلاة ببعض، بدليل أنه لو اقتدى الإمام خارج المسجد والصفوف غير متصلة لم يجز، وإذا لم يكن محلاً لوصل صلاته بصلاة غيره لم يكن محلاً لوصل بعض الصلاة ببعض، فصار كالبقاع المختلفة والأماكن المتباعدة فيمنع البناء.

٤٠- إذا افتتح التطوع خلف من يصلي الظهر ثم أفسد على نفسه ثم اقتدى بمن يصلي الظهر، ونوى به قضاء ما أفسده على نفسه أو لم يحضر نية حتى فرغ جاز عما وجب عليه.

ولو افتتح التطوع خلف من يصلي التطوع ركعتين ثم أفسده على نفسه ثم صلى خلف من يصلي التطوع ركعتين لم يجزه.

والفرق أنه بالافتداء بمصلي الظهر التزم بتحريمه ظهر ذلك اليوم، وهذا الثاني يؤدي تلك التحريم، بدليل أن الإمام الأول لو جاء واقتدى به أجزأه عن الصلاة التي كان فيها، وبدليل أن سبب وجوبه عليهما واحد، لأنه وجب بزوال الشمس ودخول الوقت فإذا قضى خلف من يصلي تلك الصلاة بتلك التحريم جاز، كما لو صلى خلف الأول.

وليس كذلك التطوع، لأنه بالافتداء بالتطوع التزم بتحريمه صلاته، وهذا الثاني

الذي يصلي تطوعاً يؤدي صلاة أخرى غير تلك الصلاة، لأن سبب وجوبها مختلف، لأن الوجوب بالشروع، وشروع هذا غير شروع ذاك، فصار كفرضين مختلفين، فلا يجوز أداء أحدهما خلف من يصلي الآخر.

٤١- ولو أن رجلاً قال: لله علي أن أصلي ركعتين تطوعاً، وقال الآخر: لله علي أن أصلي ركعتين تطوعاً، ثم أم أحدهما صاحبه لم تجز صلاة المؤتم. ولو قال: لله علي أن أصلي ركعتين، وقال الآخر: لله علي أن أصلي الركعتين اللتين أوجبت علي نفسك، فأم أحدهما صاحبه أجزأت صلاتهما^(١).

والفرق أن الوجوب بسببين مختلفين، لأن الوجوب بالنذور، ونذر هذا غير نذر ذاك، فصار كالفرضين المختلفين، فلا يجوز اقتداء أحدهما بالآخر.

وأما إذا قال: لله عليه أن يصلي الركعتين اللتين أوجبت علي نفسك، فالوجوب من جنس واحد، لأنه أوجب علي نفسه عين ما أوجبه الآخر علي نفسه، فصار كالظهر الواحد، ولو اقتدى مصلي الظهر خلف من يصلي الظهر جاز كذلك هذا.

٤٢- ولو أن رجلين صليا الظهر في منازلهما ثم جاء كل واحد منهما إلى إمام يصلي الظهر فدخل معه فهي له تطوع، فإن قطعها وجب عليه قضاؤها أربع ركعات، فإن أم أحد المأمومين صاحبه فيهما أجزأته.

ولو دخل كل واحد منهما خلف إمام يصلي التطوع على حده ثم قطعاً صلاتهما ثم أم أحدهما صاحبه يريدان قضاء ما أفسدا لم يجز للمأموم صلاته وأجزأت عن الإمام^(٢). والفرق أن الوجوب سبب واحد وهو تحريمه الظهر، والإمامان يصليان ظهراً واحداً، بدليل أن أحدهما لو اتهم بالآخر جاز، فصار كما لو اقتديا بإمام واحد فإنه يجوز كذلك هذا.

وليس كذلك التطوع، لأن الوجوب سببان مختلفان لأن الوجوب بالشروع وشروع هذا غير شروع ذاك، فصار كالفرضين المختلفين، فلا يجوز أداء أحدهما خلف من يصلي الآخر. والله أعلم

(١) انظر المبسوط للسرخسي (٢٥١/١)، (٩٧/٢)، والبحر الرائق (٦٢/٢)، (٣٢٢/٤). وحاشية ابن عابدين (٣٢/٢)، وتحفة الفقهاء (٣٤٠/٢) وبدائع الصنائع (٩٣/٥)، وشرح فتح القدير (٢/٤٠٣).

(٢) انظر البحر الرائق (٣٨٣/١)، والانار للشيباني (ص ٦٥)، والدر المختار (٥٨٠/١) وشرح فتح القدير (٣٧١/١).

«كتاب الزكاة»

٤٣ - إذا قال رب المال: أخذ الصدقة مصدق آخر وحلف وجاء بالبراءة أو لم يجرى بها، فإن كان عليهم مصدق غيره في تلك السنة صدق.
وإن لم يكن عليهم مصدق آخر في تلك السنة أو قال: دفعتها إلى المساكين لم يصدق.

والفرق أن مال الزكاة حصل في يده حصول أمانة، بدليل أنه لو تلف لم يضمن، فهو أمين ادعى الدفع إلى من جعل له الدفع إليه، فكان القول قوله، كالمودع إذا قال: رددت الوديعة إلى المودع أو إلى وليه.

وليس كذلك إذا لم يكن عليهم مصدق آخر، لأنه إذا لم يكن مصدق آخر فقد ادعى الدفع إلى من لم يجعل له الدفع إليه، فوجب أن لا يصدق، كالمودع إذا قال: رددت الوديعة إلى الأجنبي لا يصدق، كذا هذا.

٤٤ - وإذا ظهر الخوارج على بلد فيه أهل العدل، فأخذوا منهم صدقة أموالهم، ثم ظهر عليهم الإمام حسبها لهم^(١).

ولو مروا هم على العاشر من أهل هذا البغي، فأخذ منهم العشر، لم يحسب لهم عاشر أهل العدل.

والفرق أن على الإمام أن يحميهم ويذب عنهم وعن حريمهم، فإذا لم يحمهم حتى غلب الخوارج عليهم فهو الذي ضيع حق نفسه، فلم يكن له أن يثني عليهم، كما لو أقاموا حداً لم يكن له أن يثني إقامته، كذلك هذا.

وليس كذلك العاشر، لأن صاحب المال بالمرور عليه عرض حق الفقراء للتلف، فنصار جانباً وإذا جنى غرم.

٤٥ - رجل له ألف درهم، فحال عليها الحول، فاشترى بها عبداً للتجارة فمات، سقطت الزكاة عنه.

ولو اشترى عبداً للخدمة لم تبطل^(٢).

والفرق أنه إذا اشترى بها عبداً للتجارة فقد نقلها إلى ما يثبت فيه الحق الأول. بدليل أنه لو فعل ذلك في وسط الحول يثني عليه، ولم يكن متلفاً حق الفقراء، ولا ناقلاً

(١) انظر المبسوط للسرخسي (١٨٠/٢).

(٢) انظر المبسوط للسرخسي (١٩٦/٢)، وحاشية ابن عابدين (٢٨٥/٢).

فقام الثاني مقام الأول، ولو بقي الأول وتلف لم يضمن، كذلك هذا. وليس كذلك في العبد للخدمة، لأنه نقله إلى ما لا يثبت فيه الحق الأول، بدليل أنه لو فعل ذلك في وسط الحول لم يبين عليه، فصار مفوتًا حق الفقراء فيغرم، كما لو وهبها من إنسان أو تزوج عليها امرأة.

٤٦- رجل له على إنسان ألف درهم، فتصدق بشيء منها عليه، ينوي أن تكون من زكاة ماله، جاز عن زكاة هذا الدين.

ولا يجوز عن زكاة دين آخر ولا عن عين^(١).

والفرق أن العين أكمل من الدين، بدليل أن الشيء يشتري بالنسيئة بأكثر مما يشتري بالنقد، فصار مؤديًا ناقصًا عن كامل وهذا لا يجوز، فيقي الكامل عليه بحاله، كما لو كان عليه عتق رقبة مؤمنة فأعتق رقبة كافرة، أو كان عليه عتق رقبة، فأعتق مديرة أو أم ولد لم يجزه عن الفرض، وبقي الوجوب عليه بحاله، كذلك هذا.

وليس كذلك إذا أدى عن هذا الدين، لأن (المؤدي ناقص) والمؤدي عنه ناقص، فقد اتفق المؤدي والمؤدي عنه فجاز، كأداء العين (عن العين).

ووجه الفرق بينه وبين دين آخر، لأنه بعقد المداينة أخرجته من أن يملكه غير من عليه الدين، لأنه لو اشترى به شيئًا لم يجز، وإذا لم يجز تملكه من غير من عليه الدين لم يجز تملكه من غير ما عليه، دليله لو (دبر عبدًا) ثم أراد أن يعتقه عن كفارة يمينه لم يجز عنه، لأنه لا يُقدر على تملكه من غير من عليه ولا يقدر على تملكه من غير ما عليه كذلك هذا.

٤٧- المسلم إذا مر على العاشر بمال (مرة أخذ منه) العشر، فلو مر بذلك المال ثانيًا لا يأخذ منه شيئًا.

وليس كذلك الحربي لو مر على العاشر في سنة مرات أخذ منه كل مرة عشرًا. والفرق أن المأخوذ من المسلم حق الحول وهو الزكاة، وحق الحول إذا أخذ مرة لا يؤخذ ثانية، كما لو كان له إبل سائمة فأدى زكاتها مرة في حول، فإنه لا يؤخذ منه ثانيًا، كذلك هذا.

وليس كذلك الحربي، لأن المأخوذ منه ليس هو حق الحول، لأنه ليس من أهل الزكاة، وإنما المأخوذ منه بعقد الأمان والكف عن تغنيم ما في يده وهو محتاج في كل مرة

(١) انظر المسوط للشيباني (١١١/٢، ١١٢).

إلى إذن جديد فيؤخذ منه (أخذًا جديدًا).

٤٨- إذا ورت مالا أو وهب له أو كانت له جارية للخدمة فنوى بها التجارة لا نصير للتجارة ما لم تبع.

ولو كانت له جارية للتجارة فنوى القنية وأمسكها فصارت مهنة، ولا تحب زكاة التجارة.

والفرق أن الجارية إذا كانت للخدمة فنوى بها التجارة فقد نوى التجارة ولم يفعلها، فلم يبطل حكمها، فتبقى للخدمة ولم تصر للتجارة، كما لو كان مقيمًا فنوى السفر، ولم يسافر لا يصير مسافرًا ويبقى مقيمًا، والمعنى أنه نوى السفر ولم يخرج فبقي على الإقامة، كذلك هذا.

وليس كذلك إذا كانت للتجارة فنوى بها الخدمة لأنه نوى الخدمة وفعلها، فيبطل حكم ما نوى قبله، وصارت للخدمة، كما لو نوى الإقامة يبطل حكم السفر، ويصير مقيمًا، كذلك هذا.

والمعنى فيه أن السفر والتجارة عمل، فما لم يوجد العمل لا يحكم به.

والإقامة والمهنة ترك العمل والترك يحصل مع النية من غير عمل، فكذلك افتراقا.

٤٩- إذا وهب الإنسان ألف درهم، ثم رجع فيها بعد ما حال الحول عليه، سقطت الزكاة عن الموهوب له^(١).

ولو باع شيئًا بألف درهم وقبض الثمن، ثم استحق المبيع، فارتجع الألف منه وقد كان حال الحول عليه في يديه لم تسقط الزكاة عنه.

والفرق أن الدراهم في الهبة تتعين عند العقد، لأن صحتها بالقبض، والقبض يصادف عينها فتعينت عند العقد فتعينت عند الرد، وقد استحق عليه عينها من غير رضاه، فصار كما لو هلك بعد وجوب الزكاة سقطت عنه الزكاة، كذلك هذا.

وليس كذلك في البيع لأن الدراهم في البيع لا تتعين عند العقد عندنا، لأن العقد ينعقد بمضمون في الذمة، ثم نصير قصاصًا بما له عليه عند الأداء، وإذا لم تتعين عند العقد لم تتعين عند الرد، فلا يستحق عليها عينها، وإنما استحق عليه دراهم مثلها، فهذا دين لحقه بعد حوّلان الحول عليه ووجوب الزكاة، وإذا لحقه دين بعد وجوب الزكاة فلم تسقط عنه الزكاة كسائر الديون.

(١) انظر البحر الرائق (٢/٢٢٢).

٥٠ - يجوز دفع خمس الركاك إلى أولاده. ولا يجوز دفع العشر.

والفرق أن في الركاك لم يسبق له ملك فيه، وإنما ملكه بالأخذ، فلم يثبت له حق في عينه، فكما أخذه مشتركاً أربعة أخماسه له وخمس للفقراء، وإذا ثبت هذا قلنا: هذا مال لم يسبق له ملك فيه ولا حق له في عينه فيؤمر بقطعة، وهو مأمور بالتصدق به فإذا صرفه إلى ولده جاز، دليله اللقطة.

وليس كذلك العشر والزكاة، لأنه قد سبق له ملك في الحب قبل الزرع، فثبت له حق في الخارج منه، فقد اجتمع له الملك والحق فيه، وفي باب العشر وهو مأمور بإزالة الملك وقطع الحق عنه، فإذا تصدق به على ولده فقد أزال ملكه عنه وبقي الحق له فيه، لأن له حقاً في مال ابنه، فقد فعل بعض ما أمر به فلم يجزه.

وإن شئت قلت: له أن يصرفه إلى نفسه، لأن له أن يمسك الجميع إذا احتاج إليه، فله أن يصرفه إلى ولده.

وأما العشر فليس له أن يصرفه إلى نفسه، ولو كان محتاجاً إليه، فليس له أن يصرفه إلى ولده، فكذلك افترقا.

٥١ - وإذا نوى بالخلع والصلح عن دم العمد التجارة، مثل أن يصالح على دار أو خالع امرأته على عبد صار للتجارة^(١).

ولو ورث داراً ونوى التجارة لا تصير للتجارة.

والفرق أن الخلع والصلح كل واحد منهما سبب يحصل الملك به من جهته، إذ لولا عقده لما ملكه فدل على أنه سبب يحصل الملك به من جهته، وإذا كان كذلك ونوى به التجارة كان للتجارة، كالشراء لما كان سبباً يحصل الملك به من جهته، فنوى به التجارة، كان للتجارة كذلك هذا.

وليس كذلك الإرث، لأن الإرث ليس بسبب يحصل به الملك من جهته، لأن الشيء الموروث يدخل في ملكه شاء أو أبى من غير فعل من جهته، وإذا لم يوجد منه سبب صار كما لو كان في ملكه للمهنة فنوى به التجارة، فإنه يصير للتجارة، كذلك هذا.

٥٢ - وإذا تزوج امرأة على ألف درهم ثم طلقها قبل الدخول بها بعدما حال الحول، فارتجع منها نصفها لم تسقط عنها الزكاة.

(١) انظر المبسوط (١٧/١٧٣).

ولو تزوجها على عرض ثم طلقها بعدما حال الحول عليها، سقطت زكاة نصفه^(١) والفرق أن الألف التي تزوجها عليها لا تتعين عند العقد، وإذا لم تتعين عند العقد تتعين عند الفسخ والرد وإذا لم تتعين عند الرد كان له أن يعدل عنها إلى غيرها، فإذا كان كذلك لم يستحق عليها عين تلك الدراهم، وإنما استحق عليها مثلها، فصار كدين لحقها بعد وجوب الزكاة، ولو لحقها دين بعد وجوب الزكاة لم يسقط عنها شيء من الزكاة، كذلك هذا.

وليس كذلك العروض (لأنها تتعين) عند العقد فتتبع عند الفسخ، فقد استحق عليها عين تلك العروض من غير رضاها، فصار كما لو هلك سقط عنها بعد الحول، ولو هلك نصفه سقط عنها زكاة نصفه، كذلك هذا.

٥٣٠- المضارب إذا اشترى بمال المضاربة طعاماً للعبيد، فحال الحول عليه فميه الزكاة.

ولو اشترى رب المال طعاماً لعبيده لا يكون للتجارة إلا بالنية.

والفرق أن المضارب مأمور بالتجارة فكان (ما يشتريه) للتجارة، إذ لو لم يجعل ما يشتريه للتجارة لصار مخالفاً ويكون ضامناً، فإذا لم نجعله ضامناً فقد جعلنا ما اشتراه للتجارة، وإذا كان مأموراً بالتجارة فكان ما يشتريه للتجارة لم يحتج فيه إلى النية.

وليس كذلك رب المال، لأنه غير مأمور بالتجارة، وله أن يشتريه للتجارة ولغيره، وشراؤه يصلح لهما جميعاً، فالظاهر إنما يشتريه للمهنة وإنما يصرف إلى التجارة بقرينة وهي النية، فإن وجدت النية كانت للتجارة، وإلا فلا.

٥٤- الزكاة تجب في الدراهم والدنانير (ينوي بها) التجارة أو لم ينو.

ولا تجب الزكاة في العروض إلا بنية التجارة.

والفرق أن الزكاة تجب في المال لكونه معرضاً للنماء، والنماء لا يحصل إلا بأحد شيئين، إما السوم أو التجارة، فما لم يعرض لواحد منهما لم تجب الزكاة، ولا يكون معرضاً له إلا بالنية.

وليس كذلك الدراهم والدنانير، لأنه معرض للنماء بنفسه، لأنه يقدر أن يصرفه فيما شاء ليحصل به الربح، ويمكنه أن يشتري به ما شاء كل وقت فصار كالمعد بالنية، ولأنه لو قصد إلى نقله إلى الذهب والفضة بأن نوى التجارة تجب الزكاة في العروض

(١) انظر البحر الرائق (٢/٢١٩)، والميسوط للسرخسي (٣/٣١).

(فلأن تجب إذا) تحقق القصد انتقل أولى وأحق.

٥٥- الصباغ إذا اشترى العصفور والزعفران ليصنع به ثياب الناس بالأجرة.

والسمن ليدبغ به الجلد، فحال الحول عنده لزمه زكاة التجارة^(١).

والقصار إذا اشترى الأشنان والصابون والخطب للتنور والملح فلا زكاة فيه.

والفرق أن الصبغ معد للاعتياض عنه، لأن ما يؤخذ من الأجر يكون في الحكم

كالعوض عن هذه الأعيان، فوجب الزكاة فيها كالسلع المعدة للبيع.

وليس كذلك القصار، لأن الأشنان والصابون لا يعد للاعتياض عن عينها، لأنها

تتلف ولا يقع التسليم في عينها إلى صاحب الثوب، فصار كأداة القصارين من المدة

والقدر وما أشبهها ولا زكاة فيها، لأن التسليم لا يقع فيها، كذلك هذا.

٥٦- عبد للتجارة قتله عبد آخر خطأ فدفعت مكانه فالثاني للتجارة.

ولو قتل عمداً فصالح من (دم العمد) على عبد وعرض فليس للتجارة.

والفرق أن في قتل الخطأ الواجب مال وهو القيمة، فصار المأخوذ بدلاً عما هو

مال، فصار كما لو باعه بالثاني.

وأما إذا كان القتل عمداً فالواجب القصاص، وهو ليس بمال فلم يكن المأخوذ

بدلاً عن مال التجارة، فلم ينتقل حكم الأول إليه، فصار كأنه ملكه بالهبة أو بالإرث

ابتداءً، فلا يصير للتجارة إلا بالتجارة.

٥٧- هشام عن محمد بن رجل له مال نوى أن يؤدي الزكاة عنها، وجعل يتصدق

إلى آخر السنة، ولا تحضره النية فإنه لا يجزيه.

ولو أخرج دراهم فصرها في كِنٍ وقال: هذا من الزكاة، فجعل يتصدق منها ولا

تحضره النية. قال: أرجو أن يجزيه.

والفرق أن تعيين النية عن الزكاة شرط، ولم يوجد إذا فرق الدفع من غير نية.

وليس كذلك إذا جمعها في صرة، لأنه عينها لهذه الجهة وعرضها لها، وإحضار النية مع

كل جزء (ليس بشرط) فمتى أخره إلى ما عرضه له وقع عما قصده.

هذا كما قلنا في الرجل إذا اشترى شاة للأضحية، فذبحها غيره بغير أمره صح ولو

(لم يشتر) للأضحية ولم يعينها هذه الجهة، فذبحها غيره لم يجزه، كذلك هذا.

٥٨- ابن رستم عن محمد فيمن أودع رجلاً لا يعرفه مالا، ثم أصابه بعد سنين

(١) انظر البسيط للسرخسي (١٩٨/٢).

قال: لا زكاة عليه فيه.

وإن أودعه رجلاً يعرفه فنسبه سنين ثم ذكره فإنه يركبه.

والفرق أنه إذا أودعه إلى من لا يعرفه فهو مضيع، بدليل أنه لا يقدر على الرجوع فصار كما لو دفعه في مغارة ونسيه.

وإذا أودع إلى من يعرفه فهو ليس بمضيع، بدليل أنه يقدر أن يرجعه متى شاء. وبد المودع كبد المودع فصار كما لو كان في صندوقه ونسيه، ولو كان كذلك وحت الزكاة، كذا هذا.

٥٩- إذا ادعى المسلم حين مر على العاشر أن حوله لم يتم، أو عليه دين يحيط بماله، أو هذا مال غيره، أو أنه ليس للتجارة، وحلف على ذلك صدق. ولا يصدق الحربي في شيء منه^(١).

والفرق أن المأخوذ من المسلم زكاة، والزكاة لا تجب إلا لوجود شرائطها، فإذا لم يكن يقر به لم يلزمه فالمصدق يدعي عليه الحق وهو ينكر فكان القول قوله مع يمينه، كما لو حضر المصدق وقال: لك سوائم فأذ زكاتها فجحد، فالقول قوله، كذلك هذا.

وأما الحربي فالمأخوذ منه ليس على وجه الزكاة، فلا تعتبر فيه شرائط الزكاة: من الملك وحولان الحول، وإنما يؤخذ منه للكف عن الغنمة وتغني ما في يده على وجه المجازاة، والمكافأة، ومال غيره يحتاج إلى الأمان كماله، وكون الدين عليه يوجب نقصان ملكه، والحربي ناقص الملك في الأصل، فلا يمنع جواز الأخذ منه فيؤخذ.

٦٠- إذا قال الحربي الذي في يده ممالك للعاشر: إن هذا الغلام ولدي، أو هو مدبري، أو هذه الجارية أم ولدي، يصدق على ذلك ولا يؤخذ منه الحق.

وذكر في المنتقى عن أبي حنيفة رحمة الله عليه في الحربي إذا قال لرجل (في يده: وهؤلاء بني. ومثلهم لا يولدون لمثله. قال: يعشرون ويعتقون عليه. وحكي عن أصحابنا أنه لو قال: هذا كان عبدي أعتقته، أو قال: هذا مدبري لا يصدق.

والفرق أن الظاهر أن ما في يده ملك له، فإذا قال: هذا ولدي أو هذه أم ولدي. والنسب مما يصح ثبوته في دار الحرب كما يصح في دار الإسلام فأثبتنا نسبه منه في

(١) انظر الهداية شرح البداية (١٠٥/١) والمبسوط للسرخسي (١٩٩/٢)، ونحفة المفهاء (٣١٦/١). وبدائع الصنائع (٣٨/٢).

الحال، وهو على إثبات النسب بدعواه فنفذنا دعواه، فصاروا ولدًا له من حين العلق في دار الحرب فلا يجب فيه شيء.

وإذا كان أكبر سنًا منه لم يجر إثبات النسب، فصار مقرًا بإعتاقه في دار الحرب، وعتقه في دار الحرب لا ينفذ عند أبي حنيفة، فلم يظهر أنه لم يكن ملكًا إلا أنه أقر بعتقه في الحال فنفذناه وأعتقناه.

وكذلك العتق والتدبير في دار الحرب لا يجوز.

ووجه آخر أنه لما دخل دار الإسلام بمال له تحقق له ملك الآن، لأنه لا يغمه عليه، فإذا قال: هذا ابني، أو هذه أم ولدي، فإذا أنفذنا إقراره أنفذنا استيلاذًا منه في دار الحرب في ملك يحدث في دار الإسلام، والاستيلاذ المتقدم يسري في الملك المتأخر. وليس كذلك العتق والتدبير، لأنه إنما تحقق له ملك في دار الإسلام بدخوله، فقد حدث له ملك جديد وأقر بعتق متقدم عليه، فلو صدقناه لنفذناه في ملك متقدم، والعتق المتقدم لا يسري في الملك المتأخر، فلا ينفذ ذلك العتق، فبقي رقيقًا وقت الدخول فأخذ منه الحق.

فإذا لم يولد لمثله لا ينفذ استيلاذه والعتق أيضًا، إلا أن إقراره يتضمن عتقه عليه فصدقناه في حقه فعتق عليه.

٦١- إذا استخرج الحربي المستأمن معدنًا في دار الإسلام بغير إذن الإمام، كان لبيت المال ولا شيء له.

وإن عمل في المعدن بإذن الإمام أخذ منه الخمس والباقي له.

والفرق أن دار الإسلام في أيدي المسلمين، وهو لعقد الأمان التزم الكف عن أخذ ما في أيديهم، ويد المسلمين ثابتة على الدار، فقد أخذ مالًا مما في أيدي المسلمين فاسترد منه، كما لو أخذ من يد مسلم.

وليس كذلك إذا كان بإذنه، لأن الإمام لما أذن له فقد استأجره لعمل المسلمين، لما رأى فيه من المصلحة، وجعل ما يخرج عمالة له، فصار كما لو استأجره لهم لاستصلاح قنطرة، فإنه يجوز كذلك هذا.

٦٢- وإذا دفن ماله في أرضه حتى خفي عليه موضعه، ومضت عليه سنون ثم وجده فلا زكاة عليه.

ولو دفنه في بيته فنسي موضعه ثم ذكره بعد سنين وجبت الزكاة لما مضى.

والفرق أن أرضه ليست بحرر له، بدليل أنه لو سرق منها نصابًا لم يقطع، فصار

المال خارجاً عن يده وتصرفه، فلا تجب عليه زكاة، كالمال المنصوب والدين المحدد. وليس كذلك المدفون في بيته، لأن بيته حرز له، بدليل أنه لو سرق منه نصار يقطع، فصار كما لو نسي في صندوقه أو جيبه تجب فيه الزكاة كذلك هذا.

٦٣- إذا اشترى رجل بدراهم عبداً ولم ينو التجارة، لا يكون للتجارة.

ولو اشترى عبداً بعيداً كان للتجارة كان الثاني للتجارة.

والفرق أن العبد للتجارة بدل مال للتجارة، والبذل يسري حكم الأصل إليه، ألا ترى أن بدل مال المضاربة وبدل مال الشركة وبدل جارية المهنة حكمه حكم المبدل، لأنه يخلفه ويقوم مقامه، فصار الثاني كالأول، والأول للتجارة كذا الثاني.

وأما الدراهم فليست هي مال التجارة، لأن مال التجارة إذا أعد للمهنة لا تجب الزكاة، ولو اتخذ من الدراهم حلي وجبت الزكاة، دل أنها ليست بمال التجارة وإنما هي مال الزكاة، وإذا لم يكن بدل مال التجارة لم تجب الزكاة. وأما الدراهم فالشراء لا يقع بالدراهم التي تجب فيها الزكاة، لأنها لا تتعين وإنما يقع بمضمون في ذمته، وما في الذمة لا زكاة فيه، وحكم بدله حكم أصله ولا زكاة في الأصل. كذلك في بدله.

٦٤- إذا وجب في ماله أربع شياه، فأدى ثلاثاً سائاً تساوي أربعاً وسطاً جاز. ولو وجبت عليه أضحيان، فذبح واحداً منهما سبيئاً يساوي وسطين لم يجز. والفرق أن المقصود من الزكاة سد الخلة ودفع الحاجة، بدليل أنها وجبت لأجل الحاجة، وسد الخلة يحصل بالثلاث السمان كما يحصل بالأربع الأوساط فجاز. وليس كذلك الأضحية، لأن المقصود منها إراقة الدم، بدليل أنه لو تصدق بالعين قبل الذبح لم يجزه، وإراقة دميين لا يكون معادلاً لدم واحد، فمعنى الاثنين لم يوجد في الواحد فلم يجز، كما لو وجب عليه عتق رقبتين فأعتق رقبة قيمتها قيمة رقبتين وسطين لم يجزه كذلك هذا. والله أعلم.

«كتاب الصوم»

٦٥- لو أن رجلاً جامع امرأته أو أفطرت بالأكل متعمدة، ثم حاضت أو مرضت في ذلك اليوم، فلا كفارة عليها.

ولو أنها سافرت في ذلك اليوم فعليها الكفارة^(١).

والفرق أن الحيض ليس من فعلها، بدليل أنها لا تؤمر به ولا تنهى عنه، فعرف بأنه ليس من فعل آدمي أن صوم ذلك اليوم غير واجب عليها، فلا تلزمها الكفارة، كما لو

(١) انظر المبسوط للسرخسي (٧٥/٣).

أصبحت صائمة ثم أفطرت ثم تبين أنه ليس من رمضان، فإنه لا يلزمها شيء كذلك هذا. وليس كذلك إذا سافرت، لأن السفر من فعلها، بدليل أنه يجوز أن تؤمر به وتنهى عنه، فأنهت في إنشائه، فصارت بقصد السفر تسقط الكفارة عن نفسها، والسفر لا يجرئ عن الكفارة فبقيت واجبة عليها.

ومن أصحابنا من قال إن في الحيض لا كفارة، وإن في المرض الكفارة.

٦٦- إذا احتجم الصائم فظن أن ذاك أفسد صومه فأكل بعد ذلك متعمداً فإنه يلزمه الكفارة إذا لم يتأول الخبر ولم يفت بالإفطار^(١). ولو أكل ناسياً فظن أن ذاك يفطره فأكل بعد ذاك متعمداً، فإنه لا يلزمه الكفارة إذا لم يبلغه الخبر.

والفرق أنه لما أكل ناسياً فقد أفطر على شبهة، فظن في موضع تلبس وتشبيه لأن ما يفسد سائر العبادات لا يختلف الناسي والعامد فيه، كالجماع يفسد الحج ناسياً كان أو عامداً، والحدث ينقض الوضوء ناسياً كان أو عامداً، فإذا ظن في موضع تلبس وتشبيه فصار إفطاراً على شبهة والإفطار على الشبهة لا يوجب الكفارة، كما لو تسحر والفجر طالع وهو لا يعلم به.

وأما في الحجامة فقد أفطر على غير شبهة، لأن الصوم إنما يفسد بما يدخل لا بما يخرج، فإذا ظن أن صومه قد فسد فقد ظن في غير موضع الظن، فلم يصر شبهة في سقوط الكفارة فبقيت الكفارة واجبة عليه، فإذا بلغه الخبر أو أفتاه فقيه صار ذلك عذراً فسقطت الكفارة.

٦٧- إذا قال: لله علي أن أصوم شهراً، فإنه لا يلزمه متتابعاً.

ولو قال: لله عليه أن يعتكف شهراً، يلزمه متتابعاً^(٢).

والفرق أنه ذكر الشهر والشهر اسم للأيام والليالي والاعتكاف يصح بالليل كما يصح بالنهار، فقد ذكر الأيام والليالي وقرنهما بما يصح فيهما، فيلزمه متتابعاً الليل والنهار، كما لو قال: والله لا أكلم فلاناً شهراً، فإنه يلزمه الامتناع عنه متتابعاً، كذلك قوله تعالى: ﴿لِلَّذِينَ يُؤَلُّونَ مِن نَّسَابِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾ [البقرة: ٢٦٦] ثم يدخل فيه الأيام والليالي

(١) انظر المبسوط للسرحدي (٧٥/٣).

(٢) انظر المبسوط للسرحدي (١٣٢/٣، ١٣٣)، (١٣١/١٥) والمبسوط للشيباني (٢٩٧/٢)، وجامع الصنائع (١١١/٢).

وليس كذلك الصوم لما ذكرنا أنه ذكر جمعاً من الأيام والليالي وقربهما بما لا يصح فيهما لأن الصوم لا يصح بالليل، فكان التفريق من موجب نذره، فصار كما لو صرح به، فالتتابع زيادة صفة لم يوجبه على نفسه، فلا يؤمر به كزيادة العدد.

٦٨- إذا قال: الله علي أن أصوم رجب متتابعاً، لا يلزمه متتابعاً، حتى إنه لو أفطر يوماً منه لزمه قضاؤه وحده.

ولو قال: الله علي أن أصوم شهراً متتابعاً، لزمه متتابعاً.

والفرق أن رجب اسم لجميع الشهر، والشهر لا يكون إلا متتابعاً، قلنا ذكر التابع، وصار كما لو قال: الله عليه أن أصوم رجب، ولو قال هكذا ثم أفطر منه يوماً لزمه قضاؤه وحده كذلك هذا.

وأما إذا قال شهراً، فالشهر عبارة عن ثلاثين يوماً، فصار قوله متتابعاً زيادة صفة فقد أوجب بصفة التابع، فإذا لم يأت بتلك الصفة بقي الوجوب عليه بحاله كقوله: ﴿فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ﴾ [النساء: ٩٢].

٦٩- إذا قال: الله عليه أن يصوم يوماً، فصامه بنية قبل الزوال (لم يجزه).

ولو قال: الله عليه أن يصوم غداً، فصامه بنية قبل الزوال جاز.

والفرق أن لما أوجبه بنذره معيّنًا مثلاً من الشرع فانصرف إلى ما له مثال من صوم وقت معين، جاز بنية قبل الزوال وهو صوم شهر رمضان كذلك ما أوجبه بنذره معيّنًا.

وليس كذلك إذا لم يعين، لأن لما أوجبه (مثلاً من الشرع) وما أوجب الله تعالى من صوم شهر غير معين لا يجوز (إلا بنية من الليل) وهو صوم الظهار كذلك هذا.

٧٠- جماع الناسي يفسد الاعتكاف ولا يفسد الصوم^(١).

والفرق أن الصوم مخصوص من جملة القياس بالخبر، فلا يقاس غيره عليه كالمسح على الخفين، فبقي الاعتكاف على أصل القياس.

وجه آخر وذلك لأن الجماع حالة الاعتكاف من محظورات الاعتكاف لا من محظورات الصوم، بدليل أنه يوجد بالليل فيفسده، ولو كان من محظورات الصوم لكان إذا وجد بالليل لا يفسده كالأكل والشرب، ومحظورات الاعتكاف لا يختلف فيه الناسي

(١) انظر المبسوط للرخسي (٨٤/٣) وبدائع الصنائع (١١٦/٢).

والعائد بالخروج من المسجد.
وليس كذلك الصوم، لأن الجماع من محظورات الصوم، بدليل أنه لو جامع بالميل لم يفسد صومه، ومحظورات الصوم يختلف فيه الناسي والعائد كالأكل والشرب.
٧١- إذا قال قائل: لله عليه أن يعتكف شهراً، أو يصوم شهراً، فإنه يفتحه أي

وقت شاء.

وبمثل لو قال: لا أكلم فلاناً شهراً، فإنه يلزمه الامتناع عن الكلام عقيب الحلف، وكذلك لو أجر داره شهراً، انعقد على شهر عقيب يمينه.

والفرق أن الصوم إذا وقع في الوقت يسمى الوقت به، لأنه يقال: هذا شهر صومي، فكان ذكره للتقدير لا للتعين كقوله تعالى ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ [المجادلة: ٣]

وأما في الكلام فإنه إذا وقع في الوقت لا يسمى الوقت به، لأنه لا يقال: هذا شهر كلامي، وكلمت فلاناً شهراً فصار ذكر الشهر للتعين لا للتقدير، فلزمه عقيب السب الموجب له، كقوله تعالى: ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾ [البقرة: ٢٢٦].
فإن المدة تكون عقيب الإيلاء كذلك هذا.

وجه آخر إنه وجب الحق في ذمته، ولم يوجد ما يوجب تخصيصه بوقت، فكان الخيار في التعيين إليه، كما لو قال: لله عليه أن يتصدق بدرهم، فإنه يتصدق بأي درهم شاء.

وأما في مسألة اليمين شرع في موجب يمينه عقيب اليمين، وهو السكوت والامتناع عن مكالمته، فصار بالشروع فيه كالمعين لذلك الوقت، ولو عين صح تعيينه، كذلك إذا شرع فيه.

٧٢- إذا قالت: لله علي أن أصوم يوم حيضي فلا شيء عليها^(١).

ولو قالت: لله علي أن أصوم غداً، أو رجب، فحاضت في الغد أو ولدت قبل رجب ونفست في رجب، لزمها قضاؤه.

والفرق أن الصوم في حال الحيض لا يصح، فلما أضافت إلى أيام الحيض علمنا أنها لم تقصد الإيجاب، فلم يتعلق بنذرها حكم، كما لو أكلت ثم قالت: لله علي أن أصوم اليوم.

وليس كذلك إذا قالت غداً، لأنها أضافت الصوم إلى الوقت، وقصدت به الإيجاب،

(١) انظر المبسوط للشيباني (٢٤٣/٢) والسرْحَسي (٩٦/٣، ٩٨).

لأن الوقت قابل للصوم ويجوز أن تحيض فيه ويجوز ألا تحيض فصح الإيجاب وعجزت عن الأداء، فلزمها القضاء.

وجه آخر وهو أن النذور محمولة على أصولها في الشرع، والشرع قد ورد بإيجاب الصوم المضاف إلى الوقت مطلقاً، فجاز لها أن توجه بنذرهما، فإذا لم يصح فيه لعدم الحيض قضت، كشهر رمضان.

وإذا قالت: لله علي أن أصوم يوم حيضي فقد أوجبت ما لا مثال له في الشرع، لأن الشرع لم يرد بإيجاب الصوم مضافاً إلى وقت لا يجوز الأداء فيه، فقد نذرت ما لا مثال له في الشرع، فلا يلزمها، كما لو نذرت عيادة المريض.

٧٣- إذا قال: لله علي أن أصوم يوم يقدم فلان، فقدم فلان ليلاً، فلا شيء عليه^(١). ولو قال يوم يدخل عهدي الدار فهو حر. فدخل ليلاً عتق.

والفرق أن اليوم حقيقة لبياض النهار، ويطلق ويراد به الوقت، كقوله تعالى: ﴿وَمَنْ يُؤْلِهِمْ يَوْمَئِذٍ دُبرَةً﴾ [الأنفال: ١٦] والصوم لا يصح إلا بالنهار، فقد اقترن به ما دل على أنه أراد به بياض النهار، وهو إيجاب الصوم، فإذا قدم ليلاً لم يوجد شرط وجوبه، فلا يلزم بالنهار.

وفي مسألة العتق الدخول بصح ليلاً ونهاراً، فلم يوجد ما يوجب بالنهار، فصار محمولا على الوقت، وقد وجد الدخول في الوقت فحنث.

ويمكن أن يذكر ههنا وجه آخر يذكر في كتاب الإيمان إن شاء الله تعالى.

«كتاب المناسك»

٧٤- إذا طاف بالبيت وهو عريان لزمه دم.

ولو طاف وعلى ثوبه نجاسة، لا يلزمه شيء، على رواية الأصل^(٢).

والفرق أن الطواف من مقتضى عقد الإحرام، وعقد الإحرام مما لا يستوي وجود اللبس وعدمه فيه، لأنه لو أحرم وهو لايس لزمه دم، كذلك لا يجوز أن يجعل عدم اللبس كوجوده في مقتضاه وهو الإحرام، ولو قلنا: إنه لا يلزمه شيء جعلنا وجوده وعدمه سواء وهذا لا يجوز.

(١) انظر بدائع الصنائع (٨٢/٥).

(٢) انظر البحر الرائق (١٩/٣) وحاشية ابن عابدين (٤٦٩/٢) وبدائع الصنائع (١٢٩/٢، ١٣٠).

وشرح فتح القدير (٥٢/٣).

الفروق في الفروع

وليس كذلك النجاسة، لأن الطواف من مقتضى عقد الإحرام، وعقد الإحرام مما لا تؤثر النجاسة فيه، ويستوي وجوده وعدمه، بدليل أنه لو أحرم، وعليه نجاسة لا يلزمه شيء، فإذا جاز أن يجعل وجود النجاسة وعدمها بمنزلة في مقتضى الطواف، جاز أن يجعل وجوده وعدمه بمنزلة في نفس الطواف، كالنجاسة حال الوقوف.

ووجه آخر أن الإحرام يوجب نوع ستر، وهو ستر العورة حال الطواف، ويحظر نوع ستر وهو لبس المحيط، ثم المحذور بعقد الإحرام يستوي فيه الطاهر والنجس، كذلك المأمور به يجب أن يستوي فيه الطاهر والنجس، ولو لبس ثوباً طاهراً لا يلزمه شيء، كذلك إذا كان نجساً.

وأما العريان إذا طاف فالإحرام يوجب نوع كشف وهو كشف الرأس والوجه، ويحظر نوع كشف وهو كشف العورة، ثم لو ستر الرأس لزمه دم، ولا يستوي وجود الستر وعدمه، كذلك إذا كشف العورة حال الطواف وجب أن لا يستوي وجوده وعدمه، فلو قلنا: لا يلزمه شيء لسوينا وهذا لا يجوز.

٧٥- الطواف للغرباء أفضل من الصلاة في البيت^(١).

والصلاة لأهل مكة أفضل من الطواف.

(والفرق) أن الصلاة يمكن أداؤها في جميع الأماكن والغريب يمكنه ذلك ويقدر على استدراك فضيلة الصلاة بالبيت بأن يصلي ألف ركعة فتكون قائمة مقام ركعة في المسجد، ولا يمكنه أن يطوف بالبيت في موضع آخر، فليستدرك تلك الفضيلة فيما يؤدي إلى استدراك الفضيلتين.

والصلاة أفضل بدليل أن النبي عليه السلام قال: «إن الله تعالى ينزل كل يوم مائة وعشرين رحمة، ستين للمصلين وأربعين للطائفين، وعشرين للناظرين إلى الكعبة»^(٢)، ولأن الطواف مشبه بالصلاة، وما يشبه به أفضل وأكمل من المشبه فكان اشتغاله

(١) انظر الآثار لأبي يوسف (ص ١٢٤).

(٢) رواه ابن حبان في المحروحين (١٣٧/٣) عن ابن عباس مرفوعاً بنحوه. ورواه الطبراني في الكبير (١٢٤/١١)، وفي الأوسط (٢٤٨/٦)، وابن عدي في الكامل (١٦٣/٧) والخطيب في موضح أوهام الجمع والتفريق (٥٥١/٢)، وابن الجوزي في العلل المتناهية (٥٧٢/٢)، وابن أبي حاتم في العلل (٢٨٧/١)، والفاكهي في أخبار مكة (١٩٩/١)، عن ابن عباس بنحوه وقد حقه المنذري (١٢٣/٢)، والعراقي، وقد أملى فيه السخاوي بمكة جزءاً. كشف الخفاء للعجلوني (٢) ٥٣٣.

٧٦- وإذا طاف الحاج للزيارة جنباً، وسعى عقيبها، ولم يعد السعي يوم المحر،
لزمه دم.

ولو طاف محدثاً، وسعى عقيبها، ولم يعد السعي فلا شيء عليه.
والفرق أن النقص الذي يقع بالحدث أقل من النقص الذي يقع بالجنابة، بدليل أنه
لو طاف للزيارة جنباً لزمه بدنة، ولو طاف محدثاً لزمه دم، وبدليل أن الحنب ممنوع من
مس المصحف، ودخول المسجد وقراءة القرآن، والمحدث بخلافه، فكثير النقص، والجنابة
إذا كثرت جاز أن يتعدى محلها، كالنجاسة الكثيرة في الماء إذا وقعت في موضع منها،
وكالجنابة إذا وجبت مقدار الموضحة تعدت محلها حتى يجب على العاقلة، كذا هذا، وإذا
تعدى النقص محلها أوجب نقصاً في السعي فصار السعي ناقصاً، فلزمه دم، وأما إذا
طاف محدثاً فقد قل النقص، والجنابة إذا قلت لا يتعدى محلها، كما دون أرش الموضح لا
يتعدى الجاني، حتى لا يجب على العاقلة، كذلك هذا، وإذا لم يتعد محلاً لم يسر إلى
السعي، فلم يكن فيه نقصان، فلم يلزمه دم.

٧٧- إذا طاف للزيارة على غير وضوء لزمه دم.

ولو طاف جنباً، فعليه بدنة، إذا لم يُعدها^(١).

والفرق أن الجنابة بالجنابة أكثر من الجنابة بالحدث، بدليل ما بينا، وطوافه جنباً
يوجب نقصاً فيه، وتركه أصلاً يوجب دمًا، فالتقصان فيه أولى ألا يوجب أكثر من دم.
وإذا كان محدثاً فقد قل النقص فقل الجبر وكثير الجنابة يجبر بدم، فقليله يجبر
بصدقة.

٧٨- طواف الصدر واجب على الحاج. وليس على المعتمر طواف الصدر^(٢).
والفرق أن العمرة ركنها الطواف، فلو أوجبنا فيها طواف الصدر، لصار تبع النسك مثله،
وهذا لا يصح.

وليس كذلك الحاج، لأن الوقوف والطواف ركنان فيه، بدليل ما بينا، ولو أوجبنا

(١) انظر الهداية شرح البداية (١/١٦٦). والبحر الرائق (٣/٧٦)، ونخبة الملوك للرازي (ص ١٧٠)،
وحاشية ابن عابدين (٢/٥٧٧)، والمبسوط للسرخسي (٤/٣٩)، وشرح فتح القدير (٣/٤٩)،
٥٠ والبدائع (٢/١٢٩، ١٣٣).

(٢) انظر الهداية شرح البداية (١/١٥٠، ١٦٠، ١٦٠) والبحر الرائق (٣/٢٦)، وحاشية ابن عابدين
(٢/٥٠٠).

فيها طواف الصدر، لصار تبع النسك دونه، وهذا جائز.

وفرق آخر أن المعتمر لا يلزمه طواف القدوم، فلا يلزمه طواف الصدر وأما الحاج فيلزمه طواف القدوم، فجاز أن يلزمه طواف الصدر كل واحد منهما طواف، وليس بركن.

٧٩- إذا وقف الحاج بعرفة ولم ينو الوقوف ولا العبادة، أجزأه.

ولو عدا خلف غريم له حول البيت، لم يقع عن الطواف ما لم ينو.

والفرق أن الوقوف ركن يقع في نفس الإحرام، فنية الحج تشتمل عليه ما لم يفتقر إلى تجديد نية كالركوع في الصلاة.

وأما الطواف فيقع خارج العبادة فلا يشتمل عليه نية الإحرام، فلذلك افتقر إلى النية.

٨٠- إذا ترك في اليوم الثاني رمي جمره العقبة، فعليه صدقة.

وفي اليوم الأول إذا تركه، لزمه دم.

والفرق أن في اليوم الأول لا يرمي إلا جمره العقبة، فإذا لم يرمها، فقد ترك جميع الرمي في ذلك اليوم، فلزمه دم.

وفي اليوم الثاني شرع ثلاث رميات، فإذا ترك واحداً ترك أقلها، وفي جميعها دم، ففي أقلها صدقة.

٨١- إذا رمي عن المريض ولم يكن حاضر الرمي جاز.

ولو طيف عنه، ولم يكن حاضراً، لم يجز.

والفرق أنهم أجمعوا على أنه لو وضع الحجر في يده. وحرك يده حتى رماها، فإنه يجوز، والفعل هنا يكون للمحرك، بدليل أنه لو أصاب إنساناً فشججه ضمن المحرك، فدل على أنه يجوز أن يقع فعل غيره عنه، وحضور المريض ليس بواجب بدليل أنه لو وقف من بعيد وأوقع الحصى في الرمي جاز وإذا لم يكن حضور الرمي عنه واجباً في فعل غيره وقع له فجاز، كما لو حضر ورمى غيره عنه.

وليس كذلك الطواف، لأن حضور المطاف واجب عليه بدليل أنه لو دار حول مكة لم يجز، فإذا طيف عنه وجب ألا يجوز.

٨٢- ليس على النساء حلق ولا رمل.

ويؤمر الرجال بالخلق والرمل^(١).

والفرق أن الخلق في النساء مثلة، وفي الرمل لا يؤمن إظهار عورتها، والعبادة لا تبيح المثلة وإظهار العورة.

وأما الخلق في الرجال ليس بمثلة، ولا يؤدي فعله إلى محذور، وهو كشف العورة، فجاز أن يؤمر به، ألا ترى أنه يجافي عضويه عن جنبه حالة الركوع، ولا يلصق بطنه بفخذة حالة السجود، بخلاف المرأة، كذلك هذا.

٨٣- محرم حفر بئرًا للماء في مفازة، فوقع فيه صيد لا يغرم.

ولو حفر في ملك نفسه للصيد، غرم.

ولو حفر لا للصيد، فوقع فيها صيد، لا يغرم.

والفرق أنه ليس له حفر البئر لإتلاف الصيد، لأنه سبب إلى إتلافه فصار متعديًا، فقد تعدى في السبب وأدى ذلك إلى إتلاف الصيد فغرم، كما لو حمل على صيد.

وليس كذلك إذا حفر للماء، لأنه لم يتعد في السبب، لأن له أن يحفر البئر للماء، وإذا لم يتعد في السبب لم يضمن ما يتلف به، كما لو بنى في ملكه بناء فوقع على صيد فتكسر ومات لم يضمن، كذلك هنا.

٨٤- المحرم إذا قتل قملة، تصدق بشيء ولو ثمرة.

ولو قتل برغوثًا لا يلزمه شيء^(٢).

والفرق أن البرغوث يتولد من الأرض، فهو من هوائ الأرض، فصار كالعقرب.

وأما القملة فإنها تتولد من البدن، فصار كما لو أزال جزءًا من بدنه، ليزيل به الأذى أو أزال الشعث لزمه التصديق بشيء، كذلك هذا.

٨٥- إذا رمى طائرًا على غصن شجرة، أصله في الحل أو في الحرم، لم ينظر إلى أصله، وينظر إلى موضع الطائر فإن كان الغصن في الحرم وجب الجزاء، وإن كان في الحل لا يجب.

ومثله لو قطع غصنًا من شجر الحرم، فإنه ينظر، إن كان أصله في الحرم ضمن، وإن كان أصله في الحل لم يضمن.

والفرق أن الطائر حيث اعتماده، واعتماده على الغصن بدليل أنه لو قطع الغصن بقي هو

(١) انظر بدائع الصنائع (١٤١/٢)، والدراية في تخريج أحاديث الهداية (٣٢/٢)، وتلخيص الحبير (٢٦١/٢).

(٢) انظر الجامع الصغير للشيباني (ص ١٥٣).

في الحل وسقط فيه، ويجوز بقاؤه في الهواء أيضًا بعد قطع الغصن، فإذا كان الغصن في الحل صار من صيد الحل، وإن كان في الحرم صار من صيد الحرم. وأما الغصن فلأن الغصن حيث اعتماده، واعتماده على أصل الشجرة بدليل أنه لو قطع أصل الشجر سقط الغصن أيضًا، فلا يجوز بقاؤه في الهواء بعد قطع أصله، فاعتبر الأصل، فإن كان الأصل في الحرم، صار من شجر الحرم، فغرم وإن كان في الحل، صار من شجر الحل، فلا يغرم.

٨٦- إذا أدخل صيدًا في الحرم من الحل، صار من صيد الحرم.

ولو أدخل شجرًا من الحل وأنبته، لم يصير من شجر الحرم^(١).

والفرق أنا لو أوجبنا في الشجر الجزاء لأوجبنا تحريمه بفعله، وهو إدخاله في الحرم، وفعله لا يجوز أن يكون سببًا في تحريم الشجر كما لو أحرم فإنه لا يحرم عليه قطع الشجر، كذلك هذا.

وليس كذلك الصيد، لأننا لو أوجبنا عليه الجزاء إذا أدخله في الحرم وقتله لأوجبنا عليه بفعله، وفعله يجوز أن يكون سببًا في تحريم الصيد، كما لو أحرم فإن الصيد يحرم عليه كذا هذا.

وروجه آخر أن النبي عليه السلام أضاف الشجر إلى الحرم فقال: «لا يختلي خلاها ولا يعضد شوكها»^(٢) فلا يخلو إما أن تكون الإضافة إليه لإنبات الحرم إياه، أو لكونه في الحرم، ولا يجوز أن تكون إضافته لكونه في الحرم، لأننا أجمعنا على أنه لو أدخل الشجر في الحرم وأخرجها ولم يغرسها لم يجب عليه الجزاء، فدل على أنه ليس بإضافة كونه في الحرم، وإنما هو إضافة لإنبات الحرم وهذا إذا غرسها، فلم يوجد لإنبات الحرم، فلا يجب فيه الجزاء.

وأما الصيد فالنبي عليه السلام أضاف الصيد إلى الحرم فقال: «لا ينفر صيدها»^(٣) فلا يخلو إما أن تكون الإضافة إليه لولادته في الحرم، أو لكونه فيه ولا يجوز أن يكون لولادته، لأنه لو ولد في الحرم ثم خرج بنفسه إلى الحل لا يحرم قتله، فدل أن النبي عليه

(١) انظر البحر الرائق (٤٣/٣) وحاشية ابن عابدين (٥٧٣/٢) والمبسوط للسرحدي (١٠٣/٤) والبدائع (١٤١/٥)، والهداية (١٦٣/١)، والمبسوط للشيباني (٤٥٨/٢).

(٢) رواه أحمد في المسند (١٩٩/٣) وأبو داود (٢١٦/٢)، والسنائي (٢١١/٥)، والدارمي (٣٤٤/٢). وانظر الدراية للحافظ (٦٤/٢)، ونصب الراية (١٤٣/٣).

(٣) رواه البخاري (٦٥١/٢)، (١٥٦٧/٤).

السلام إنما أضافه إليه، لأن الحرم حواه، فإذا أدخله الحرم فقد حواه الحرم، فوجب أن يصير من صيد الحرم. فإذا قتله وجب الجزاء.

٨٧- محرم قتل بازياً معلماً، فعليه قيمته غير معلّم.

ولو قتل بازياً معلماً لإنسان، غرم قيمته له معلماً، كذلك لو قتل مصوّتة، غرم قيمتها لصاحبها مصوّتاً.

ولو قتلها في الحرم، غرم قيمته غير مصوّت.

والفرق أن في صيد الحرم إنما يضمن كفارة لحق الله تعالى، والتعليم لا يتقوم في حق الله تعالى، كما لو قتل عبداً كاتباً أو عالماً فإنه لا يغرم إلا كفارة عبد غير عالم، كذلك هذا.

وأما إذا كان لأدمي فالواجب عليه المثل من حيث المعنى وهو القيمة، والتعليم يتقوم في حق الأدميين، كما لو قتل عبداً كاتباً أو عالماً لإنسان، غرم قيمته عالماً، كذلك هذا.

٨٨- لو أن رجلاً أخرج ظبية من الحرم، فولدت أولاداً، ثم ماتت هي وأولادها في الحل، غرم قيمتها وقيمة أولادها.

ولو أدى جزاءها بعد ما أخرجها من الحرم قبل أن تلد، ثم ولدت، فماتت هي وأولادها لم يكن عليه شيء في الأولاد.

والفرق أنه لما أخرجها من الحرم وجب عليه إرسالها، فتعين حق وجوب الإرسال في الأم، فسرى إلى الولد، كالتدبير والاستيلاء، فصار مطالباً من جهة الله تعالى في كل لحظة بالإرسال، فصار مانعاً بعد الطلب، فدخلت الأم وأولادها في ضمانه، كما لو غصب حارية، فولدت فطلبها صاحبها، فمنع، ضمن قيمتها وقيمة ولدها عند التلف، كذا هذا.

وأما إذا كفر فقد برئ عن ضمان الأم، فلم يبق في الأم حق الضمان، فلا يسري إلى الولد، كما لو ردها إلى الحرم، ثم مات الولد في الحرم، فإنه لا يغرم شيئاً، كذلك هذا.

٨٩- حلال أخرج ظبية من الحرم وجب عليه رده، فلو باعه حار بيعه.

وبمثل رجل غصب من إنسان عبداً وجب رده على صاحبه، فلو باعه لم يجز بيعه. والفرق أنه وجد ما يوجب الملك، وهو ثبوت اليد على الصيد في الحل وحصول الملك، فقد وجد قبل وجود الرد إلى الحرم معنى أوجب الملك، فصادف بيعه ملكه فجاز، وإن كان حق الله تعالى فيه ثابتاً، كما لو اكتسب على وجه محظور فإنه يجوز بيعه وإن وجب التصرف به، كذا هذا.

وليس كذلك الغصب لأنه لم يوجد بعد أخذه من يده ما يوجب له ملكاً فيه فصادف بيعه ملك غيره، فلم يجز البيع.

٩٠ - المعتمر إذا جامع بعد ما طاف أربعة أشواط فعليه دم. والحاج إذا طاف أربعة أشواط بعد ما قصر ثم جامع فلا شيء عليه. والفرق أنه لما طاف للحج أربعة أشواط فقد أتى بمعظمه، ومعظم الطواف يقوم مقام الكل، فصار كما لو أتى بالكل، فوقع الجماع في حال التحلل فلا يلزمه شيء. وأما المعتمر فلا يحل إلا بعد الحلق، والحلق يكون بعد الطواف والسعي، فصادف وطؤه حال بقاء الإحرام، فجاز أن يلزمه دم.

٩١ - إذا جامع بعد الوقوف فأهدى جزوراً، ثم جامع بعد ذلك، فعليه شاة، ولا

يجب بدنة^(١).

ولو جامع في شهر رمضان ثم كفر، ثم جامع لزمه كفارة أخرى على ظاهر

الروايات.

والفرق أن الجماع الأول لا يهتك حرمة الإحرام، وإنما صار جانباً فيه مع بقاء حرمة، بدليل أنه لا يجب القضاء، فلم ينجر ذلك النقص بالكفارة فصار كما لو لم يكفر.

وليس كذلك الصوم، لأن الجماع الأول هتك حرمة الصوم، بدليل أنه يجب القضاء، فالكفارة تجبر ذلك النقص، فعادت الحرمة كاملة، فأوجب من الكفارة مثل ما أوجبه الأول.

٩٢ - إذا قبّل المحرم امرأته بشهوة من غير إنزال، وجبت عليه الكفارة وهو دم. ولو قبّل الصائم ولم ينزل، لم يجب القضاء.

والفرق أن التقبيل للشهوة من ذواعي الجماع، فإذا باشره المحرم لزمه الكفارة كالطيب، وإذا باشره الصائم لا يجب عليه القضاء كالطيب، ولأن التقبيل للشهوة أخذ شبهاً من الأصلين، شبه الجماع من حيث إنه يوجب حرمة المصاهرة، وشبه النظر من حيث إنه لا يتعلق به نقض الطهارة، فتوفر حظه من الشبهين، فلشبهه بالجماع، قلنا تلزمه الكفارة، ولشبهه النظر قلنا: لا يفسد الحج، ليكون فيه توفير حظه من الشبهين، وكفارات الحج لا تسقط بالشبهة، ولا يحتال لإبطالها فأوجبنا الكفارة احتياطاً، ألا ترى أنه بالدلالة

(١) انظر الحجة للشيباني (٢٩٧/١)، وعون المعبرود (١٤٩/٦)، والدرية تخريج الهداية (٢٧٩/١).

يغرم ما يغرم بالمباشرة، وإن كانت المباشرة أكد في الجناية منها.

وأما في الصوم فإنه يحتال في عدم إيجاب الكفارة والقضاء، فجعلنا حكمه أكد فقلنا: ما لم يتصل بالإنزال لا يلزمه القضاء.

٩٣- إذا أدهن المحرم شقاق رجله أو جرحه بزيت، فلا شيء عليه على ظاهر الرواية.

ولو داوى جرحه وألزم عليه طبيًا، فعليه أي الكفارات شاء إذا فعل مرارًا، وفي مرة واحدة صدقة.

والفرق أن شقاق الرجل ليس بمحل الطيب، والزيت ليس بطيب في نفسه، ولا يقصد هذا الموضع بالطيب، فلم يكن متطيبًا، وصار متداويًا.

وأما الطيب في نفسه طيب فلا يراعى قصده إلى التطيب، فعلى أي وجه وجد فقد تطيب فصار متطيبًا، فلزمته الفدية.

٩٤- إذا بعث المتطوع هديًا يهديه مقلدًا ثم خرج لم يصير محرّمًا، فإذا أدركه صار محرّمًا وإن لم ينو الإحرام.

والقارن يصير محرّمًا حين يخرج.

والفرق أن لخروجه تأثيرًا في وجوبه، بدليل أنه لو لم يخرج إلى القران والتمتع لا يلزمه الدم، فإذا أثر خروجه في وجوبه أثر وجوبه في إحرامه، كما لو ساقه مع نفسه.

وليس كذلك المتطوع، لأن خروجه لا يؤثر فيه، لأنه لو لم يخرج وذبح وقع ذلك عن المتطوع كما لو نوى، وإذا لم يؤثر خروجه في وجوبه لم يؤثر وجوبه في إحرامه، فاستوى وجوده وعدمه ولو عدم لا يصير محرّمًا، كذلك إذا وجد.

ووجه آخر أن لهدي المتعة والقران أثرًا في بقائه محرّمًا في الانتهاء، لأن المتمتع إذا فرغ من فعل العمرة وقد ساق الهدي لم يجز له التحلل فجاز أن يكون له تأثير في الابتداء.

وأما المتطوع فليس له أثر في بقائه محرّمًا في الانتهاء فكذلك في الابتداء، إلا أنه إذا أدركه صار كأنه ساقه في تلك الحالة مع نفسه، فيجعل للبقاء حكم الابتداء فيصير محرّمًا.

٩٥- ذبح الشاة والبقرة أفضل^(١). ونحر الجزور أفضل.

والفرق أن عروقه في المنحر أجمع، فكان قطعه أسهل وأيسر، فكان أفضل.

(١) انظر المبسوط للشيباني (٢/٣٧٧).

وفي الشاة والبقرة عروقتها في المذبح أجمع، فكان في نحره إيصال ألم زائد إليه فكان ذبحه أيسر عليه، فكان أفضل.

٩٦- لو أوصى أن يحج عنه رجل بعينه أو بغير عينه، وأوصى لأناس كثير بوصايا أكثر من الثلث، قسم المال بينهم بالحصص يصرف فيه للحج بأدنى ما يكون من نفقة الحج.

ولو أوصى فقال: أحجوا فلاناً حجة، ولم يقل عني ولم يسم كم يعطى، قال: يعطى قدر ما يحج به، وهو نفقة وسط.

والفرق أنه لما أوصى لأناس كثير فقد تيقنا بوجوب حصص أرباب الوصايا، وتيقنا بوجوب أدنى النفقة للحج، وشككنا فيما زاد عليه، فلو نقصنا من حصة أرباب الوصايا بالشك لأبطلنا اليقين بالشك، وهذا لا يجوز.

وليس كذلك إذا قال: أحجوا فلاناً حجة ولم يقل عني، لأننا لم نتيقن بوجوب شيء لأحد من جهة الميت، والوصية بالحج وصية بدفع مقدار نفقة الحج إليه، وإذا يكثر ويقل، فلو أخذنا بالأقل لبخسنا بحق الموصى له، ولو أخذنا بالأكثر لبخسنا بحق الورثة، فأوجبنا الوسط، وإيجاب الوسط لا يؤدي إلى النقصان بالشك عن مواجهة متيقن بثبوت حقه، فجاز أن يوجب.

٩٧- لو أوصى وقال: أحجوا فلاناً حجة، ولم يقل عني ولم يسم كم يعطى، قال: يعطى مقدار ما يحج به نفقة حج وسط، وله أن لا يحج به. ولو قال: أحجوا فلاناً عني حجة، فإنه يعطى مقدار نفقة الحج، وليس له أن لا يحج به.

والفرق أنه إذا قال: أحجوا فلاناً، ولم يقل عني كان هذا أيضاً بدفع النفقة ليصرفه إلى الحج، فقد أوصى له بنوع نفقة وأشار عليه بإشارة، فاستحق النفقة وبطلت الإشارة، كما لو قال: ادفعوا إلى فلان ألف درهم لينفقه على عياله دفع إليه ليفعل ما شاء، كذلك هذا.

وأما إذا قال: عني، فقد أمره بأن يدفع النفقة إليه ليصرفه في حجه عنه ويعود نفعه إليه، فإذا لم يحج عنه لم يعد نفعه إليه فلم يفعله على الوجه الذي أمر به فلم يجز.

٩٨- عبدٌ دخل مكة مع مولاه بغير إحرام، ثم أذن له فأحرم بالحج، فإن عليه إذا عتق دماً لترك الوقت.

بخلاف النصراني إذا دخل مكة ثم أسلم، والصبي إذا دخلها ثم بلغ، فليس عليهما شيء.

والفرق أن العبد مخاطب بالعبادات، فكذلك يخاطب بالإحرام عند تجاوزة الميقات. فإذا لم يفعله لزمه دم، والعبد لا يملك إراقة الدم في حال الرق فتأخر إلى وقت العتق. وليس كذلك الصبي والكافر، لأهمهما غير مخاطبين بالعبادات، فكذلك في الإحرام، فلم يصيرا جانبيين بمجاوزة الميقات، فلا يجب عليهما الدم.

٩٩ - إذا أحرم الصبي ثم بلغ فجدد إحرامه قبل أن يقف بعرفة، يجزئه حينئذ عن حجة الإسلام^(١).

والعبد إذا أحرم ثم عتق فجدد الإحرام لا يجزئ عن حجة الإسلام. والفرق أنا لو منعنا الصبي عن الفسخ لأوجبنا عليه حقاً لله تعالى بعقده، والصبي لا يجب عليه حق لله تعالى بعقده، كما لو حلف لا يلزمه الكفارة بحنثه، فجاز فسخه، وإذا صح فسخه فإذا أحرم ابتداء عن حجة الإسلام وقع عنه، كما لو لم يحرم قبل البلوغ. وليس كذلك العبد لأننا لو منعناه عن الفسخ لأوجبنا لله تعالى عليه حقاً بعقده، وهذا جائز، كما لو حلف وحنث لزمه الكفارة، كذا هذا، فلم يجز له فسخ الحج ولم يتجدد بإحرامه شيء، فبقي الإحرام الأول، فصار كما لو لم يعتق. ١٠٠ - إذا أرسل كلبه على صيد في الحل فطرد الكلب الصيد حتى قتله في الحرم، لم يكن عليه جزاؤه.

ولو رمى في الحل إلى صيد في الحل فأصابه في الحرم فقتله فعليه جزاؤه. والفرق أن الرمي فعل مباشرة، بدليل أنه يتصل قوته به فيختلف باختلاف قوته، ولو رمى إنساناً فمات، وجب عليه القصاص، فصار كما لو باشر القتل بيده. وليس كذلك إذا أرسل الكلب، لأن فعل الكلب ليس بفعل مباشرة، بدليل أنه لو أرسل كلبه على إنسان فقتله لا يجعل كالقاتل بيده حتى يجب القصاص، ولا يتصل قوته، وإنما هو سبب فيه، فإذا كان متعدياً في ذلك السبب وجب الضمان، وإلا فلا، كما لو حفر بئراً، فإن كان متعدياً في الحفر ضمن، وإلا فلا، كذا هذا.

«كتاب النكاح»

١٠١ - قالوا في التي لها الخيار في البلوغ: إذا اختارت الفرقة عند الإدراك لم تقع الفرقة إلا بقضاء قاض.

والمخيرة، والمعتقة، وهي تحت زوج، متى اختارت نفسها في غير مجلس القاضي،

(١) انظر البدائع (١٢١/٢) وحاشية ابن عابدين (١٢١/٢).

وقعت الفارقة بينهما^(١).

والفرق أن خيار البلوغ ليس بخيار تمليك، لأنها لا تملك بعد البلوغ شيئاً لم يكن من قبل، بدليل أن هذا الخيار لا يتوقت بالمجلس، فدل على أنه ليس بخيار تمليك، وإنما هو خيار نقص، لأنه وجب لنقص في ولاية العاقد بعد تمام العقد، والخيار إذا ثبت لنقص بعد تمام العقد اختص بمجلس القاضي أو بالرضا، كالبيع إذا وجد فيه عيب بعد القبض. وليس كذلك خيار المحيرة والمعتقة، لأن ذلك الخيار إنما هو خيار تمليك لا خيار نقص، لأن ملك المولى وولايته كان تاماً وقت العقد، وهي تملك بعد العقد ما لم تكن مالكة له قبل ذلك، وهو بدل بضعها، وبدليل أنه يختص بالمجلس، وخيار التمليك لا يختص بقضاء القاضي، كخيار القبول.

١٠٢- وإن زوجت البكر وهي صغيرة فبلغت فمضى بعد العلم شيء قبل أن تختار لم يكن لها الخيار بعد ذلك، ولا يمتد خيار البلوغ مقدار المجلس^(٢).

وخيار الطلاق والعناق يختص بالمجلس، ولا يبطل بمضي جزء من المجلس، إذا لم يبطل خياره بمعنى من المعاني.

والفرق أنها إذا كانت بكرًا فبلغت فسكتت في المجلس، فسكوتهما رضا منها في الشرع، بدليل ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «صمتها إقرارها» وروي «إذنها صماتها»^(٣).

وأما في الطلاق فلم يجعل سكوتها بمنزلة الرضا، فوقف على وجود ما يوجب بطلانها من جهتها في المجلس ومفارقة المجلس كخيار القبول.

١٠٣- ولو قال الولي للبكر إني أريد أن أزوجه فلائاً، فقالت غيره أولى منه، لم يكن ذلك إذناً^(٤).

ولو زوجها ثم أخبرها، فقالت: قد كان غيره أولى منه، كان إجازة. والفرق أنه إذا استأمرها في الابتداء، فقد أخبرت أن من رأيها غير ذلك العقد، فلم تصر راضية بذلك العقد، فلا يتعقد عليها.

وليس كذلك إذا عقد، لأنها أخبرت أن من رأيها غير ذلك العقد، وسكتت عن رد

(١) انظر المبسوط للسرخسي (١٠٢/٥)، ونخبة الفقهاء (٢٢٧/٢)، وبدائع الصنائع (٢١١/٣).

(٢) انظر البحر الرائق (١٣٦/٤)، وحاشية ابن عابدين (٤٨٢/٧)، والمبسوط للسرخسي (١٠٢/٥).

(٣) رواه البخاري (٢٥٥٦/٦)، وانظر نيل الأوطار (٢٥٣/٦).

(٤) انظر بدائع الصنائع (٢٤٣/٢).

هذا العقد مع انعقاده، فنقد عليها.

١٠٤- إذا كتب الرجل إلى المرأة بأن زوجيني نفسك، فقرأت الكتاب بين يدي الشهود وأعلمتهم بما في الكتاب، وقالت: زوجت نفسي منه. حازه. ولو لم تعلمهم ما في الكتاب لم يجر^(١).

وفي البيع لو كتب إلى آخر: بأن بعني عبدك، فلم يعلمهم ما في الكتاب، حازه إذا قال بعته منك.

والفرق أن كتابه يعبر عنه، فصار كحضوره، ولو كان حاضراً فقالت: زوجت. ولم يسمع الشهود كلامهما لم يجر، لأن النكاح لا يصح إلا بشهود، ولو قال بعث ولم يسمع الشهود كلامهما حازه، إذ البيع يجوز من غير شهود، وكذلك هذا.

١٠٥- قال في الأصل: لو كتب إليه بعني عبدك، فقال: اشهدوا لي قد بعته. كان ذلك جائزاً، ولم يشترط قبوله.

ولو كان حاضراً فقال: بعني عبدك، فقال: بعته. لم يجر حتى يقول: قبلت. والفرق أن قوله: بعني طلب للبيع، والعادة جرت أن الإنسان يساوم الشيء، ليتروى فيه، وينظر إذا كان المشتري حاضراً في المجلس، والشرع ورد به قال النبي عليه السلام: «المتبايعان بالخيار ما دام في المجلس» وقد دلنا أن المراد به المساومان فإذا قال: بعث صار الموجود أحد شقي العقد، فما لم يقل قبلت لا يصير عقداً.

وليس كذلك إذا كتب، لأن العادة جرت بأن الإنسان لا يساوم بالكتاب، وإنما يتروى ويتأمل ويتدبر فيه ثم يشتري، كما أن العادة جرت بأن الإنسان لا يساوم في النكاح، وإنما يتروى ويتفكر ويتدبر ثم يخطب، فلم يجعل قوله طلباً للعقد، وإنما جعل شقاً له، فإذا قال: بعث تم العقد وحازه، كما لو قال: زوجيني، فقالت: زوجت، فإنه يجوز وإن لم يقل قبلت، كذلك هذا، فجعل الكتاب في البيع كالخطاب في النكاح للمعنى الذي أشرنا إليه.

١٠٦- سكوت البكر يكون رضا بالعقد^(٢).

وسكوت الغلام البكر والمرأة الثيب لا يكون رضا بالعقد.

والفرق أن الشرع جعل سكوت البكر رضا لأجل الحياء بقوله عليه السلام:

(١) انظر البحر الرائق (٨٩/٣)، والميسوط (١٦/٥)، وشرح فتح القدير (١٩٨/٣).

(٢) انظر البحر الرائق (١٢٢/٣)، والهداية (١٩٩/١)، وحاشية ابن عابدين (٥٠/٧)، والميسوط

(١٣٠/٣٠) وشرح فتح القدير (٢٧٠/٣)، والبدائع (٣١٦/٢).

«سكوتها رضاها وصمتها إقرارها» لأنها تستحي. والبكر تستحي من المشاورة في أمر بضعتها، فجعل سكوتها رضاها.

ولا تستحي الثيب من المشورة ولا الغلام، فلم يجعل سكوتها رضا ولا يقتصر على سكوتها، لعدم العلة.

١٠٧- إذا كان أبو البكر كافراً أو عبداً فزوجها، وسكتت وهي مسلمة، لا يكون سكوتها رضاها. ولو كان حراً مسلماً كان سكوتها رضا.

والفرق أنه لا ولاية للأب الكافر والعبد، فلو نفذنا عقده عند سكوتها لكانت وكالة، والتوكيل لا ينعقد بالسكوت، كما لو زوجها أجنبي فسكتت، وأما الأب المسلم فله ولاية عليها والتزويج حق لها عليه، ألا ترى أنه لو عضلها أجبر عليه، وإذا أوفاهما حقها الذي لها عليه فسكتت كانت راضية به، كما لو كان لرجل على رجل آخر دين فأوفاه، وسكت وتناول صار قابضاً، كذا هذا.

١٠٨- إذا قالت الصغيرة بعد البلوغ: قد كنت اخترت نفسي حين بلغت، لم تصدق إلا بيينة.

وزوج البكر إذا قال: قد رضيت، وقالت هي: لم أرض، فإنها تصدق. والفرق أن العقد على البكر لا يصح إلا برضاها، فإذا قالت: لم أرض، فهو يدعي عليها الرضا، وهي تنكر، والقول قولها، كما لو ادعى عليها بيع شيء من مالها، وهي تنكر.

وليس كذلك الصغيرة إذا بلغت، لأن العقد قد نفذ عليها، والظاهر بقاء العقد، فهي تدعي الفسخ خلاف الظاهر، فلم تصدق، والقول قوله.

١٠٩- إذا انتسبت المرأة إلى قبيلة، فوجدها الزوج دونها، ليس له الخيار في فسخ العقد.

والزوج إذا انتسب إلى قبيلة، فوجدها دونها، فلها الخيار.

والفرق أن نسب الزوج مقصود ومرغوب بعقد النكاح، لأن الولد ينتمي إليه، فإذا كان دنياً لحقته الغضاضة وقد فوت عليها غرضها ومقصودها، فثبت لها الخيار، كما لو وجدته غنياً.

وأما المرأة فإن نسبها غير مقصود، ألا ترى أن الولد لا ينسب إليها، ولا يعبر الرجل بكون امرأته دونه في النسب، ألا ترى أنه لا يثبت لأوليائه الاعتراض عليه، ولم تفوت مقصوده، فلا يثبت له الخيار.

أو تقول وإن كان ذلك مقصودًا ففوته عيبًا بها، ووجود العيب بالتمكحجه لا يوجب الخيار، كما لو وجدها شوهاة أو قرناء أو عفلاء.

١١٠ - حرية كتابية زوجت نفسها من رجل في دار الإسلام، صارت ذمية

والحرية إذا تزوج ذمية في دار الإسلام، لا يصير ذميًا.

والفرق أن المرأة في قهره وتحت حكمه ولزمها المقام حيث هو، وهو من أهل دار الإسلام، فقد التزمت المكث معه في دارنا إلى غاية، فصارت ذمية.

وليس كذلك الرجل، لأنه لا يلزمه المكث حيث تكون المرأة ولا هو تحت قهرها، فلم يلتزم المكث في دارنا إلى غاية، لأن له أن يطلقها ويذهب حيث شاء وكذلك لو لم يطلقها، فصار كما لو لم يتزوج ولو لم يتزوج لا يصير ذميًا، كذا هذا.

١١١ - ليس في المهر خيار الرؤية بخلاف المبيع.

الفرق: لأنه لا يستدرك بالرد، بدلالة أنه عند الرد يرجع عليه بالقيمة، والعين أعدل من القيمة، فلم يستدرك بالرد بدلاً، فلا يكون له الرد.

وأما في المبيع فإنه يستدرك بالرد بدلاً لأنه يرجع بالثمن، فكان في الرد فائدة فجاز أن يرد.

١١٢ - إذا أصاب المهر عيب في يدي الزوج بفعله، ثم طلقها قبل الدخول، فلها الخيار، إن شاءت أخذت نصفه ناقصًا وضمنته النقصان وإن شاءت تركته وضمنته نصف القيمة.

ولو أصاب المهر عيب في يدي المرأة بفعلها ثم طلقها قبل الدخول فله أن يأخذ نصفه ناقصًا ولم يضمنها النقصان، وإن شاء ضمنها نصف القيمة وترك في يدها^(١).

والفرق أن المرأة ملكت المهر في يد الزوج، فإذا جنى فقد جنى على ملكها، وهو مضمون في يده ضمان عقد، والأوصاف فيما هو مضمون ضمان عقد يضمن بالإتلاف والجنابة وإن لم يضمن بالتلف، كالمبيع إذا جنى عليه البائع قبل التسليم.

وليس كذلك إذا جنت المرأة، لأنها ملكت المهر بالعقد وتم ملكها بالقبض، فإذا جنت عليه قبل الطلاق فهذه جنابة منها على ملكها، وجنابيتها على ملكها هدر، فصار كما لو لم يكن، وكذلك بعد الطلاق قبل الرد ملكها باق في المهر، بدليل أنها لو اعتقته

(١) انظر البحر الرائق (٢٢٩/٣).

(٢) انظر البحر الرائق (١٥٥/٣)، والبدائع (٣٢٣/٢).

نفذ عتقها، والزوج لو أعتقه لم ينفذ، فصادت جنايتها ملكها فكانت هدرًا، وصار كما لو لم يكن أو فات بأفة سماوية.

١١٣- إذا قبضت المهر ثم طلقها والمهر في يدها، فأعتق الزوج نصف المهر لم يعتق.

ولو كان في يد الزوج فإذا طلقها ثم أعتقها نفذ.

والفرق أن الملك للمرأة، والطلاق قبل الدخول يفسد ملكها فيه، ولا يفسخ العقد، لأنه لو فسخ العقد لوجب أن يعود جميعه إليه، كالبيع إذا فسخ، فلما لم يعد دل على أن الطلاق يفسد ملكها، ولأن ملكها تام قبل الطلاق، والملك التام لا يفسخ إلا بقضاء أو برضا، كالبيع إذا وجده المشتري معيبًا فبقي ملكه فيه، إلا أنه فسد، بدليل أن الزوج يقدر على ارتجاعه بغير رضاها، فصار نصفه في يدها على ملك فاسد، فصار كالمشتري شراءً فاسدًا، فإذا أعتقت نفذنا عتقها فيه.

وإن كان في يد الزوج فالملك لها، وبالطلاق فسد ملكها فزالت يدها فصار كالمشتري شراءً فاسدًا، إذا حصل في يد البائع زال ملك المشتري، كذلك هذا، فقد أعتق ما لا يملك فلم يجز.

١١٤- إذا قال تزوجتك على هذه الدار على أن اشتريها فأسلمها لك كان لها أن تأخذها بها حتى يسلمها لها فإذا اشتراها أجبر على تسليمها إليها.

ومثله لو باع دار الغير بشرط أن يشتريها فيسلمها له فملكها لا يجبر على تسليمها إليه.

والفرق أن هذا نكاح وشرط، وقال النبي عليه السلام «إن أحق ما أوفيتم به من الشروط ما استحللتم به الفروج»^(١) وهذا الشرط قد استحل به الفرج، فلزمه الوفاء به.

وليس كذلك البيع، لأنه بيع وشرط، والنبي عليه السلام نهى عن بيع وشرط.

وجه آخر أن موجب التسليم في باب النكاح يبقى مع استحقاقه وفوت التسليم فيه، لأن الموجب لتسليمه عقد النكاح، وعقد النكاح لا يبطل باستحقاق المهر وفوت التسليم فيه ألا ترى أنه لو تزوج امرأة على عبد فمات لزمه تسليم قيمته لبقاء العقد فيه، ففوته لم يمنع بقاء العقد، ووجوب تسليمه لم يمنع صحة تسميته، ووجوب تسليمه ابتداءً،

(١) رواه البخاري (٩٧٠/٢)، (١٩٧٨/٥)، ومسلم (١٠٣٥/٢). وانظر اختلاف العلماء للمروزي (ص ١٧٧) والمغني (٧١/٢) ونيل الأوطار (٢٧٩/٦) والتحقيق لابن الجوزي (٢٢٧/٢)، وشرح فتح القدير (٣٥٠/٣).

فصححت التسمية فإن قدر على تسليمه سلم، وإلا غرم قيمته، كما لو هلك المهر في يده.
وأما في البيع فالموجب لتسليمه يبطل باستحقاقه وفوت التسليم فيه، ألا ترى أن
المبيع إذا هلك بطل العقد، وإذا كان فوت التسليم موجباً بطلان التسليم فيه منع انعقاده،
ووجب تسليمه ابتداءً، وكونه ملكاً للغير يفوت التسليم فيه، فمنع وجوب التسليم ابتداءً
فلا يجبر عليه.

ووجه آخر أن في باب المهر لو لم يلزمه تسليم العين يرجع إلى قيمته، والعين اعدل
من القيمة، فجاز أن يجبر على تسليمه.

وفي البيع لو لم يلزمه تسليمه لم يرجع إلى قيمته، فإذا لم يلزمه تسليم قيمته عند
فواته لم يجبر على تسليمه إذا ملكه، كما لو وهب لإنسان شيئاً مملوكاً لغيره ثم اشتراه
منه، لا يجبر على تسليمه إليه، كذا هذا.

١١٥ - إذا قال زوجيني نفسك، فقالت بحضرة الشهود: زوجت، انعقد العقد وإن
لم يقل قبلت.

ولو قال: بعني فقال: بعته، لا يتعقد ما لم يقل قبلت.

والفرق أن العادة جرت بالمساومة في البيع، فجعل قوله بعني، طلباً للعقد وسوماً،
فإذا قال: بعته، فالموجود أحد شقي العقد، فما لم يقل: قبلت، لا يتعقد.

وأما في النكاح فلم تجر العادة بالمساومة (فيه) فلا يخطب إلا بعد التروي والتفكر
وإنفاذ الرسل، فلم يكن قوله زوجيني مساومة، فصار شقاً للعقد، فإذا قالت: زوجت،
وجد الشقان فتم العقد.

وجه آخر وهو أن قوله زوجيني، طلب العقد، فقد أمرها بأن تعقد، والواحد مما
ينفرد بشقي العقد في النكاح، فإذا قالت: زوجت، صار الموجود عقداً.
وفي البيع قوله: بعني، طلب العقد، والواحد مما لا ينفرد بشقي عقد البيع، فصار
الموجود أحد شقي العقد، فما لم يقل: قبلت، لا يتعقد.

١١٦ - إذا تزوج العبد بغير إذن السيد، ثم باعه المولى، فأجاز المشتري النكاح
كان جائزاً.

ولو زوجت أمة نفسها بغير إذن المولى، ثم باعها، ثم أجاز المشتري النكاح لم
يجز.

والفرق أن عقد النكاح لا يقع على عين العبد، بدليل أن له أن يتزوج أخرى، ولو
كان معقوداً عليه لم يجز أن يملكه غيره، فهو عاقد، وعقد البيع تناول عين العبد، فلم يجز

تملك فيما انعقد عليه العقد الموقوف فجاز.
وليس كذلك الأمة، لأن عقد النكاح تناول عين الأمة، بدليل أنها لو تزوجت من إنسان لم يجز أن تزوج بآخر، فالعقد وقع على عين بضعها، والمشتري يملك عينها بالعقد، لأنه يستتبع بضعها فقد جرى تملك فيمن انعقد عليه العقد الموقوف، فبطل العقد الموقوف، كما لو باع عبداً من إنسان لا يملكه، ثم اشتراه وأراد أن يسلمه، فإنه لا يجوز، كذلك هذا.

١١٧- عبد محجور عليه اشترى شيئاً بغير إذن المولى، ثم أعتقه المولى، لم يجز

الشراء.

ولو تزوج بغير إذن المولى، ثم أعتقه المولى، جاز النكاح.
والفرق أن عقد النكاح أوجب الحل للعبد، بدليل أنه لو كان بإذن المولى لحصل الحل له، وعقده كان نافذاً في حقه، وإنما امتنع نفاذه لحق المولى، فإذا أعتقه فلو نفذناه لكان تقريراً لما أوجبه العقد فجاز، كما لو باع على أنه بالخيار، ثم أسقط الخيار، نفذ، لأنه قرر الملك الذي أوجبه العقد.

وليس كذلك الشراء، لأن العقد أوجب أن يكون الملك للمولى، بدليل أنه لو كان بإذن المولى وقع له، وبعد العقد يحصل الملك للعبد، فلو نفذناه بالعتق لكان فيه تغيير لما أوجبه العقد، ونقل العقد عما أوجب العقد لا يجوز، كما لو اشترى شيئاً لنفسه على أنه بالخيار، ثم وكله آخر بأن يشتري له، فأجاز العقد وأراد أن يجعله لغيره لم يجز، كذا هذا.
١١٨- أمة زوجت نفسها بغير إذن سيدها، فباعها، بطل النكاح. ولو أعتقها جاز النكاح.

والفرق أنه بالعتق لم يملك نفسها، وإنما زالت ولاية المولى عنها، كالصغيرة إذا بلغت، وإذا لم يملك بضعها، لم يجز تملك فيما انعقد عليه العقد الموقوف، فلم يبطل.
وليس كذلك إذا باعها، لأن المشتري قد ملكها، فقد جرى التملك فيما انعقد عليه العقد الموقوف، فلم يجز.

١١٩- إذا زوجت نفسها بغير إذن المولى، ثم أعتقها فلا خيار لها، وجاز النكاح.
ولو زوجها المولى، ثم أعتقت، لها الخيار.

والفرق أن عقدها على نفسها بغير إذن المولى لم يتم في حال الرق، وإنما تم العقد بعد العتق، فلم يجز عتق عليها بعد صحة النكاح، وإنما نفذ العقد في حال العتق، فلا خيار لها.

وليس كذلك إذا زوجها المولى، لأن العقد تم في حال الرق، فهذا عتق حرى في صحة النكاح، فكان لها الخيار، والأصل فيه خير بريرة.

١٢٠- عبد تزوج أمة على رقبته، فأجاز المولى، حاز.

والعبد إذا تزوج حرة أو مكاتبه على رقبته، فأجاز المولى النكاح، لم يجر.

والفرق أنه اقترن بالعقد ما يوجب بطلانه، لأنه إذا أجاز النكاح صارت رقبته مهراً لها، فملك المرأة رقبة زوجها، فبطل النكاح.

وكذلك المكاتبه ثبت لها عند الإجازة حق ملك فيه، لأن للمكاتبه حتى انملك وحق الملك يمنع من ابتداء النكاح، كالعدة، فقد اقترن بالعقد ما يوجب بطلانه، فنصرتنا من حيث نجوز العقد نبطله، فلا يجوز.

وأما في الأمة فلم يقترن بالعقد ما يوجب بطلانه، لأنه إذا أجاز العقد صارت رقبته ملكاً لمولى الأمة، فلا يفسد النكاح، فلم يقترن بالعقد ما يوجب بطلانه، فمن حيث نجوزه لا نبطله فجوزناه.

١٢١- للرجل أن يزوج أمة ابنه. وليس له أن يزوج عبد ابنه.

والفرق أن في العبد يلزمه ضمان وهو المهر من غير بدل يدخل في ملك الابن، فلم يجر، كما لو تبرع بشيء من أمواله.

وأما في الأمة فإنه يلزمه ضمان، وهو التسليم ببدل ثبت حق الابن فيه، فجاز، كما لو باع ماله.

١٢٢- إذا أذن لعبد به أن يتزوج امرأة، فتزوج أكثر من واحدة، لا يجوز.

ولو أذن له في أن يشتري عبداً، فله أن يشتري عبداً، وبصير مأذوناً في جميع التجارات.

والفرق أن المأذون يتصرف في البيع والشراء بفك الحجر، وقد فك الحجر في نوع من التجارة نعم جميع الأنواع، لأن فك الحجر لا يختص بنوع، فكفك الحجر بالبلوغ. وأما في النكاح فليس يتصرف بفك الحجر، بدليل أنه يجوز مع بقاء الحجر، لأن المحجور عليه للبيع إذا تزوج جاز، وكذلك المريض، فصار تصرفه بالأمر والأمر لا يقتضي التكرار، فلا يعدو ما أمر به كالوكيل، ولأن تزوج جميع النساء لا يجوز، فصار قوله: تزوج لفظ عموم لا إطلاق والمراد به الخصوص، فانصرف إلى أحص الخصوص وأخصه الواحدة.

وليس كذلك البيع، لأن شراء العبيد الكثيرة بالعقد يجوز، فصار هذا لفظ إطلاق،

وليس المراد به الخصوص، فلا يجب حمله على الواحد.
١٢٣- إذا قال لامرأته وهي معروفة النسب هذه ابنتي وأصر على ذلك لا تقع
الفرقة بينهما^(١).

ولو لم تكن معروفة النسب وأصر على ذلك، وقعت الفرقة.
والفرق أن قوله: هذه ابنتي، ليس بصريح في إيقاع التحريم، بدليل أنه لو أكذب
نفسه لم يقع شيء، وإنما هو جحد للعقد، لأنه لا يجوز العقد على ابنته، فصار كناية عن
ارتفاع الزوجية والكناية لا تعمل إلا بقرينة، فإذا لم تكن معروفة النسب وأصر عليه، فقد
وجدت القرينة، وهي الإصرار، ولم يوجد ما يكذبه فوقعت البينونة.
وليس كذلك إذا كانت مشهورة النسب، لأن هذا اللفظ كناية ولا يعمل إلا بقرينة،
ولم توجد القرينة، لأن القرينة ههنا الإصرار، فظاهر ثبوت نسبها من الغير يطل الإصرار،
فصار تكذيب الظاهر إياه ككذبه نفسه، ولو قال: كذبت، فإنه لا يقع التحريم، كذلك
هذا.

١٢٤- إذا قال لامرأته: هي أختي أو ابنتي، وهي غير مشهورة النسب، ثم قال:
أوهمت، صدق، ولا تقع الفرقة.

وإن قال لأمه هذه ابنتي أو أختي ثم قال: أوهمت، لا يصدق على ذلك.
والفرق أن قوله لامرأته: هذه ابنتي، جحد للعقد، لأن العقد على الابنة لا يجوز،
وجحد العقد لا يرفع العقد، فبقي العقد بينهما، وإنما هو كناية في التحريم، فإذا قال: أوهمت،
لم توجد قرينة تدل على التحريم، فلا يقع شيء، كما لو قال لامرأته: أنت علي حرام.
وأما في الأمة فقوله: هذه ابنتي، ليس بجحد للعقد، لأن كونها بنتاً له لا يمنع جواز
عقده، وإذا لم يكن جحداً للعقد، لأن كونها أمة له صار متصرفاً فيه، والتصرف في العقد
بما لا يجوز بقاء العقد معه أوجب رفعه، فوقع العتق بقوله، فإذا قال: أوهمت، بعد وقوع
العتق، لم يصدق.

١٢٥- إذا أرضعت المرأة الكبيرة الصغيرة، وتعمدت الفساد فسد النكاح، وله أن
يرجع على الكبيرة بنصف الصداق.

ولو زنت إليه غير امرأته فوطئها فغرم المهر، لم يرجع على الذي غرّها وزفها
إليه.

(١) انظر البحر الرائق (٢٤٣/٤)، والمبسوط (١٤٥/٥)، (٦٦/٧).

والفرق أن الكبيرة تعمدت في النسب، وأدى ذلك إلى إلزامه نصف المهر، لأنه يجوز أن ترند الصغيرة بعد بلوغها، فيفسد النكاح بينهما قبل الدخول بردها فلا يلزمه شيء، فهي لما أرضعتها فقد قررت هذا النصف من المهر عليه فغرمت له ذلك النصف، كشاهدي الطلاق إذا رجعا قبل الدخول.

وأما في الزفاف فلم يعتمد إلزامه المهر، لأن المهر وجب بالوطء لا بالزفاف، وهو لم يعتمد في الوطء، فصارت الجنابة حاصلة من غير فعله، فلا يجب عليه شيء، أو نقول إن كان جانباً في الزفاف والوطء، إلا أنه سلم للواطئ بدل ما ضمن وهو الوطء، فلا يرجع بما ضمن على غيره، لأننا لو ضمناه لأدى إلى أن يسلم له بدل ما ضمن مرتين من غير شيء، وهذا لا يجوز.

١٢٦ - الناشئة بعدما قبضت مهرها لا نفقة لها في مدة النشوز^(١).

ولو لم تقبض مهرها فمنعت نفسها، استحققت النفقة.

والفرق أنها قد استوفت المهر، فلزمها تسليم النفس، فإذا نشزت فقد تعدت في منع المعقود عليه فمنع ما بإزائه من البدل، كالمشتري إذا امتنع من تسليم الثمن يمنع ما بإزائه من المبيع، كذا هذا.

وليس كذلك إذا لم تقبض المهر، لأنها لم تعد في المنع، والمنع إذا كان بحق لا يوجب سقوط النفقة، كالمنع لأجل الحيض.

وجه آخر أنه عدم تسليم المنتفع بالعقد من الناشئة، (فلا تستحق النفقة) كما لو كانت صغيرة.

وأما المانعة لأجل المهر فلا يعدم التسليم منها، لأن المرأة تقول سلم المهر لأسلم البضع، والعجز جاء من قبله في الاستيفاء، حيث عجز عن تسليم المهر، فصار عجزه عن تسليم بدله كعجزه عن استيفائه، ولو كان عنيئاً أو مريضاً لم تسقط عنه النفقة، كذلك هذا.

١٢٧ - إذا تزوج امرأة فأخبرته امرأته أنها أرضعته، لا يستحب له أن يفارقها. وبمثله لو تنزه عن تزوجها في الابتداء بقولها فهو أفضل.

والفرق أن الملك قد حصل في الظاهر، فلا يجوز إبطاله إلا بما يطل به الإملاك، كما لو اشترى شيئاً فجاء آخر وادعى أنه له لا يستحب له تسليمه إليه، ولا يؤمر به، كذلك ههنا.

(١) انظر حاشية ابن عابدين (١٧١/٣).

وليس كذلك في الابتداء، لأنه لم يحصل له ملك في الظاهر، ويجوز أن تكون صادقة فلا يحصل، ويكون الوطاء حراماً، ويجوز أن تكون كاذبة فأورث قولها شبهة، وقد قال النبي عليه السلام: «دع ما يريبك إلى ما لا يريبك»^(١) فهبنا يريبه القول فيجب أن يدعه.

١٢٨- إذا أعتقت أم الولد فلا نفقة لها في العدة.

وإذا طلقت الحرة فلها النفقة.

والفرق أن عدة أم الولد عدة ماء، لا عدة فراش، بدليل أن للمولى أن يزوجه من غيره متى شاء من غير عدة، ولأنها لو وجبت بالموت كانت بالأشهر، وإذا كانت عدة ماء صار كالنكاح الفاسد، والعدة في النكاح الفاسد لا توجب النفقة، كذلك هذا. وأما عدة الحرة فإنها عدة زوال الملك والفراش وهو من حقوق الفراش، فصار كنفس الفراش، (ونفس الفراش) يوجب النفقة، كذلك هذا.

١٢٩- تجب نفقة الولد والزوجة مع الإعسار. ونفقة ذوي الأرحام لا تجب مع

الإعسار.

والفرق أن نفقة الزوجة إنما تجب بإزاء تسليم النفس، بدليل أنها لو نشزت لا تستحق النفقة، وما كان وجوبها لا على وجه البر، لا يختلف باليسار والإعسار، كالشمن في البيع، وكذلك الولد مسلم إليه على حكم العقد، فصار كالزوجة. وأما سائر الأقرباء فإنما تجب نفقتهم على طريق المواساة والبر والصلة، فلا يخاطب المعسر بذلك، إذ هو تبرع، والمعسر لا يخاطب بالتبرعات.

١٣٠- إذا أخذت المرأة نفقة شهر فلم تنفقها، ثم جاء الشهر الثاني وهو معها،

فلها أن تطالبه بنفقة الشهر الثاني.

ولو أخذ واحد من ذوي الأرحام نفقة شهر فلم ينفقها حتى جاء الشهر الثاني، لا يكون له أن يأخذ نفقة الشهر الثاني.

والفرق أنها استغنت بما عندها من مال الزوج، ونفقة الزوجة تجب مع الغنى، فجاز أن تجب.

وليس كذلك نفقة ذوي الأرحام، لأنه استغنى بما عنده عن مال القريب، ونفقة

(١) رواه البخاري (٧٢٤/٢) والترمذي (٦٦٨/٤) والنسائي (٣٢٧/٨)، وانظر الدراية في تخريج الهداية (٢٨٥/١) ونصب الراية (٤٧١/٢).

ذوي الأرحام لا تجب مع الغنى، كما لو كان غنياً في الأصل.

١٣١ - نفقة العدة يصح الإبراء عنها

ونفقة الزوجة لا يصح الإبراء عنها^(١).

والفرق أن سقوط نفقة المعتدة من موجب مضي المدة، بدليل أنه إذا مضت مدة العدة فإن النفقة تسقط، وما كان من موجب مضي المدة صح تعجيله بالشرط، كالدين المؤجل إذا عجل قبل الأجل صح، كذا هذا.

وأما المنكوحة فسقوط نفقتها ليس من موجب مضي المدة، بدليل أنه لو مضت فإن النفقة لا تسقط، فصار هذا إبراء عما سيجب في المستقبل قبل وجود سببه، فلا يجوز، كما لو قال: أبرأتك عن كل دين يجب لي عليك فإنه لا يصح، كذا هذا.

١٣٢ - إذا أخرج المولى الأمة من بيت الزوج قبل الطلاق ثم طلقها لم يكن له أن يعيدها إلى بيته ليطالب بالنفقة.

والناشرة إذا طلقها جاز لها أن تعود وتأخذ النفقة.

والفرق أن التسليم غير مستحق على المولى، بدليل أن المولى لا يجبر عليه بحال، ولم يوجد تسليم نفس منتفع بها، ولم يوجد واحد منهما فلا يستحق النفقة.

وليس كذلك الحرة، لأن التسليم مستحق عليها بدليل أنها تجبر على التسليم وهي من أهل التسليم، فقد عادت إلى تسليم نفس منتفع بها، فاستحققت النفقة وإن كان النفس غير منتفع بها، كما لو مرضت الحرة.

١٣٣ - وإذا ادعت المرأة أن الزوج موسر، وأنكر الزوج، فالقول قول الزوج ويلزمه نفقة المعسرين.

وإن ادعت في دين لها عليه من ثمن مبيع أو غير ذلك، وقال: أنا معسر، فلا يصدق على كونه معسراً ويحبس، والقول قول المرأة، وفي المهر روايتان.

والفرق أن في النفقة لم يوجد منه إقرار بدخول بدله في ملكه، لأن النفقة لا تجب بدلاً عما هو مال، وإنما تجب على طريق الصلة بدلاً عن تسليم النفس، وهو ليس بمال، ولم يكن بالشروع في العقد مقراً بحصول مال له بإزاء ما يوجب عليه، فصارت تدعى اليسار، وهو ينكر، والأصل في الناس الإعسار، فمن ادعى ما يوافق الظاهر، فالقول قوله.

(١) انظر البحر الرائق (٩٧/٤)، وحاشية ابن عابدين (٥٦/٣، ٤٥٤) والسوط (٢٣/٥)، وشرح فتح القدير (٣١٥/٣)، والبدائع (٢٢/٤).

وليس كذلك في سائر الديون، لأن الظاهر وجوبها بحق العقد والعقد يقتضي بدلا عما هو مال، فصار بالشروع في العقد مقراً بأنه مالك لمبدله وهو مال فصار كما لو أقر اليسار، فإذا قال بعد ذلك: أنا معسر، لم يصدق، وكذلك المهر على إحدى الروايتين هو بدل عما ليس بمال، فلم يقر أنه حصل في ملكه بإزاء ما وجب عليه مال، فصارت تدعي عليه اليسار، وهو ينكر فالقول قوله، كما لو ادعى عليه مالا من جهة الكفالة، وعلى الرواية الأخرى ظاهر دخوله في العقد إقرار بكونه قادراً على تسليم بدله، فصار بقوله: أنا معسر، مدعياً خلاف الظاهر، فلا يصدق.

١٣٤- المعتدة إذا طوعت ابن زوجها في العدة لا تسقط نفقتها.

ولو ارتدت سقطت^(١).

والفرق أنها قد سلمت نفسها منتفعاً بها على حكم العقد وذلك التسليم باق في العقد، وبالمطوعة لم يبطل ذلك التسليم، فبقي حكم ذلك التسليم فبقيت النفقة.

وأما إذا ارتدت فقد أبطلت ذلك التسليم، لأنها تخرج من منزل الزوج، وتحبس لتتوب، وإذا عدم التسليم المنتفع به منعت النفقة.

١٣٥- إذا كانت الأمة في بيت الزوج، ثم طلقها، ثم أخرجها المولى، ثم عادت إلى بيت الزوج، استحققت النفقة.

والفرق أنها إذا كانت في منزل الزوج وقت الطلاق فأخرجت ثم عادت، فهذا التسليم بناء على التسليم الأول واستدامة له، بدليل أن ما تستحق ههنا من النفقة مثل ما تستحقه في المرة الأولى، فصار كأن ذلك التسليم لم يزل كذلك ولو لم يزل ذلك التسليم استحققت النفقة، كذا هذا.

وإذا كانت في وقت الطلاق في منزل المولى، ثم أرادت العود إلى منزله، فهذا التسليم لم يبين على تسليم آخر، فصار هذا ابتداء تسليم غير مستحق في نفس غير منتفع بها، فلا يستحق له النفقة، كما لو كانت ناشئة ثم عادت في العدة.

١٣٦- إذا تزوج بغير إذن المولى، ثم اعتق، نفذ ذلك العقد.

ولو أذن له في التزويج، لم ينفذ ذلك العقد ما لم يجر العقد الأول.

والفرق أن عقد العبد ينفذ في حقه، وإنما امتنع نفاذه، لحق المولى فإذا اعتق نفذ

(١) انظر البحر الرائق (٢١٨/٤)، وحاشية ابن عابدين (٦١١/٣)، والمبسوط (١٦٤/٦)، وشرح فتح القدير (٤٩٠/٧)، والبدائع (٣٠٥/١).

زال حق المولى قصار الحق له فنفذ ذلك العقد في حقه.

وأما إذا أذن له في التزويج، فالإذن لم يزل حق المولى، لأن الحق للمولى في الحالين قبل الإذن وبعده، فلم يصير الحق للعبد، فلم ينفذ، إلا أنه بالإذن ملك ابتداء العقد نملك الإجازة كالحر.

١٣٧- إذا أذن لعبده في أن يتزوج على رقبته، فتزوج حرة لم يجز.

ولو زوج أمته من رجل، ثم خالغ على رقبته من زوجها صح الخلع، ولا تدخل الرقبة في ملك الزوج.

والفرق أن المولى أمره بالعقد على رقبته، وعقد النكاح لا يعري عن بدل، فإذا تزوج حرة فلو جوزنا العقد لم يخل إما أن يجوز على رقبته، أو بسهر المثل، أو بالقيمة، ولا يجوز أن يقع بالرقبة، لأنه يقارن العقد ما يطله، ولا يجوز أن تكون القيمة معقوداً عليها، ولا مهر المثل لأنه لم يأمره أن يعقد به، ومخالفة المولى في البذل الذي أمر به يوجب فساد العقد، كما لو أمره أن يتزوج امرأة على مائة درهم، فتزوج على مائة دينار فإنه لا يصح، كذلك هذا.

وليس كذلك الخلع، لأن عقد الخلع يجوز أن يعري عن بدل، فإذا خلعه على رقبته فلا يخلو إما أن يقع على رقبته أو القيمة ولا يجوز أن يقع على رقبته، لأن الزوج يملكها فيفسد النكاح فيفسد الخلع، ولا يجوز أن يقع على القيمة، لأنه يؤدي إلى مخالفة الزوج فيما قبل عقد الخلع، كما لو قال: خلعتك على ألف، فقالت: قبلت بخمس مائة فعري عقد الخلع عن البذل، وخلو العقد عن البذل لا يمنع صحة العقد، وهو الخلع، كما لو قال: خلعتك على خمر أو خنزير.

١٣٨- إذا تزوج العبد أمة على رقبته بإذن المولى، وعلى العبد دين ألف درهم،

فإنه يباع العبد فيضرب الأمة بمهرها والغرماء بدينهم في الثمن.

ولو قتل العبد رجلاً عمدًا، وعليه دين ألف درهم، فصالحهم المولى من الدم على

رقبته فالغرماء أحق بثمن العبد، وسقط القصاص.

والفرق أن دم العمد في خروجه عن حق المولى، ليس بمال يطلب، لأنه عقوبة،

ولأن شهود العفو عن القصاص إذا رجعوا لا يغرمون، والمريض إذا عفا في مرض موته لا

يعتبر من ثلثه، فصار وجوب حق المولى ببذل غير متقوم، فكأنه وهب رقبته منه، فلا

يضرب مع الغرماء.

وأما في النكاح فالبضع في دخوله في الملك متقوم، بدليل أن الأب إن زوج ابنه الصغير

امراة بمهر مثلها يجوز عليه، فقد وجب المال على العبد ببدل متقوم دخل في حقه، فصار وجوب الحق ببدل معلوم متقوم، فجاز أن يضربوا به، كما لو باع من العبد شيئا. فإن قيل المريض لو صالح من دم نفسه على مال لا يحسب من ثلثه، فدل على أن دم العمد مال من وجه، كما أن البضع مال من وجه.

والصواب أن يغير العبارة، فيقال في دم العمد: لما صح المولى على رقبته صار القتل موجبا مالا، فصار كما لو كان القتل خطأ فدفن به، ولو كان كذلك منعه الدين، ويكون الغريم أولى به، كذلك هذا، ولو لم يكن الحق واجبا على العبد في الحكم، بخلاف النكاح لما بينا.

١٣٩- ولو أن رجلا تزوج مكاتبة على جارية، ودفن بها إليها ثم طلق المكاتبة ثم تزوج تلك الجارية قبل الرد إليه لم يجز.

ولو تزوجها قبل الطلاق ثم طلق المكاتبة، لم يفسد نكاح الجارية.

والفرق أن الطلاق لا يوجب فسخ العقد، ويعود نصف المهر إلى الزوج، وإنما يوجب فساد ملكها في نصفه، وثبت له حق الارتجاع، فإذا تزوجها قبل الطلاق، فقد صح العقد، وبالطلاق طرأ له حق ملك على امرأته، وحق الملك إذا طرأ على العقد لا يرفعه، كالعدة إذا قارنت ابتداء العقد بمنع انعقاده ولا يمنع بقاءه على الصحة إذا طرأت عليه.

١٤٠- ولو زوج المولى أمته برضاها من رجل بغير رضا الزوج وخاطب عن الزوج مخاطب، فلم تنقض العقد حتى أجاز الزوج النكاح، جاز ولا خيار لها. ولو زوجها المولى بغير رضاها، فأعتقت، فأجاز الزوج النكاح لم يجز ما لم ترض هي.

والفرق أن العقد الموقوف إنما يجوز تنفيذه في الحالة التي تقبل ابتداء العقد فيها، ألا ترى أنه لو باع عبدا لغيره، ثم مات، ثم أجاز صاحبه البيع لم يجز، ولو تزوج أمة بغير إذن مولاه، ثم تزوج حرة، ثم أجاز المولى، لا يجوز، فإذا كان المولى زوجها برضاها فيجوز ابتداء العقد برضاها، فجاز أن ينفذ العقد الموقوف، فتم العقد في حال الحرية فلا خيار لها.

وأما إذا كان بغير رضاها فلا يجوز ابتداء العقد عليها بغير رضاها، فلا ينفذ العقد الموقوف فيها، وصار الزوج بالإجازة مبتدئا عقدا، فإذا أجازته جاز، وإلا فلا.

١٤١- المولى إذا زوج عبده امرأة فأعتق لا خيار له في الفسخ.

ولو زوج أمته فعتقت فلها الخيار.

والفرق أنه يملك المضع قبل العتق، فيملك بعد العتق، بدليل انفراذه بالطلاق. مع يستفد بالإعتاق شيئاً لم يكن مالاً له من قبل، فلا خيار له.

وفي الأمة استفلحت بضعها بالعتق، بدليل قوله: ملكت بضعك فاختاري، ولأنها تقدر أن تخلع نفسها، وتملك بدل بضعها، ولم تكن مالكة قبل العتق فجاز لها أن يثبت الخيار.

ووجه آخر أن حقوق العقد في النكاح تتعلق بالعقد، فقد ألزمه المولى تسليم النفس في حالة له الولاية، فاستدام ذلك التسليم بعد العتق فلم يلزمه تسليم مبتدأ، فصار كالأب إذا زوج الصغير أو الصغيرة.

وفي الأمة حقوق العقد لا تتعلق بها، وإنما تتعلق بالمولى، لأن المهر يدخل في ملكه، وهو الذي يطالب بالتسليم ما دامت رقيقة، وبعد العتق هي التي تطالب بالتسليم. فصار يلزمها تسليم النفس في حال لا ولاية له عليها ابتداء فثبت لها الخيار، كالعم إذا زوج الصغيرة.

١٤٢ - لا يثبت للعبد والأمة خيار البلوغ.

بخلاف الصغير والصغيرة إذا زوجها العم.

والفرق أنه يملك المولى ابتداء تملك العقد عليهما بعد البلوغ، فلا يثبت لها خيار البلوغ، إذ لا تملك بالبلوغ شيئاً لم يكن.

وأما الصغيرة فلا يملك العم العقد عليها بعد البلوغ، فجاز أن يثبت لها الخيار إذا لزمها تسليم النفس بعقده، كالأمة إذا أعتقت.

١٤٣ - المولى إذا زوج مكاتبه امرأة بغير رضاه ثم عجز، فأجازته المولى جاز.

ولو زوج مكاتبته، ثم عجزت في الكتاب يطل النكاح، وفي المكاتب لا يطل.

والفرق أن عقد الكتابة على الأمة أوجبت تحريم بضعها عليه، وبالعجز ملك الاستمتاع ببضعها، وعقد النكاح عقد على بضعها، وقد جرى التملك فيما انعقد عليه العقد الموقوف، فبطل، كما لو باع عبداً على أنه بالخيار ثلاثاً، ثم باعه من آخر، فإنه لا يجوز العقد الأول ويبطل، كذلك هذا.

وأما المكاتب إذا عجز فالمولى يملك رقبته بالعقد، إلا الاستمتاع به، وعقد النكاح أوجب البذل في ذمته، ولم ينعقد على رقبته، فلم يجر تملك فيما انعقد عليه العقد الموقوف، والمولى يملك العقد، ومن ملك العقد لا يجوز عقده الموقوف إلا بالإجازة.

١٤٤ - إذا عتقت الأمة وهي تحت زوج، فلم تعلم أن لها الخيار، فهي على خيارها

حتى تعلم، فإذا علمت فلها الخيار ما دامت في مجلسها.

وفي خيار البلوغ والمخيرة والشفعة لو بلغت أو خبرت أو بيعت بجنب داره دار فلم يعلم أن له الشفعة ولم يطلب، بطل خياره.

والفرق بين هذه المسائل أن في الأمة ليس في لفظ الزوج ما يوجب لها خياراً، وإنما الخيار ثبت لها من طريق الحكم، والأمة لا تعلم فروع الفقه في العادة، والمولى لا يمكنها من التعلم، إذ منفعتها مملوكة له، فعذرت في جهل حكم العتق، فصار جهلها بثبوت الخيار كجهلها بالعتق، ولو لم تعلم بالعتق فهي على خيارها، كذلك هذا. وأما خيار المخيرة فالتخير في لفظ الزوج، لأنه يقول: خيرتك. فإذا علمت بالتخير فقد علمت وجوب الخيار لها، فبطل خيارها إذا لم تختار.

وأما الشفعة فحكمه ظاهر بين المسلمين، والحاجة إليها ماسة وهو حر ممكن من تعلمه، وتعرف حكمه، وإذا لم يعرف ولم يتعلم لم يكن معذوراً، فبطل حقه. كذلك الخيار بالبلوغ هي حرة وممكنة من التعلم والتعرف، فإذا لم تتعلم لم تكن معذورة.

أو تقول: الشرع جعل سكوت البكر بمنزلة قولها: رضيت، وكذلك سكوت الشفيع بعد العلم بالبيع بمنزلة قوله: رضيت بالبيع، بدليل أنه لا يقف على المجلس، كذلك المخيرة، فصار كما لو قالوا: رضينا، ولم يعلموا أن لهم الخيار، ولو قالوا هكذا بطل خيارهم، كذلك هذا.

وفي الأمة لم يجعل سكوتها رضاً، بدليل أن خيارها يتوقف بالمجلس ولا يبطل بالسكوت فلم يوجد ما يوجب بطلان خيارها فلم تبطل.

١٤٥- إذا تزوج رجل أمة بغير إذن مولاهما على مائة درهم بغير شهود، فقال المولى أجزت النكاح بخمسين درهماً أو ديناراً ورضي بذلك الزوج وحضر هذه المقالة شهود كان باطلاً.

ولو قال جعلت ذلك النكاح نكاحاً بمائة أو خمسين ديناراً، وقبل الزوج كان هذا بمنزلة نكاح مستقبل إذا حضر هذه المقالة شهود، وإن لم يحضر أصل النكاح الأول.

والفرق أن لفظ الجعل يذكر ويراد به ابتداء الشيء، لقوله عز وجل: ﴿إِنَّا خَلَقْنَا مَا عَلَى الْأَرْضِ زِينَةً لَهَا﴾ [الكهف: ٧]، فإذا قال جعلت ذلك النكاح نكاحاً كان ذلك ابتداء عقد، ولم يكن مجزئاً لعقد قبله، وإذا صار هذا ابتداء عقد فإن حضره الشهود جاز، وإلا لم يجز.

وليس كذلك الإجازة، لأن الإجازة لم توضع لابتداء العقد، وإنما هو تسلط على

النصف بحكم العقد، ولم يكن تنفيذاً لعقد موقوف، فلحق الإحالة عقد منداً بينهما، فجعل كما لو أذن لها ابتداء فتزوجها بغير شهود لم يجز كذلك ههنا.

١٤٦- ولو أن رجلاً زوج رجلاً أختين في عقدتين متفرقتين بغير أمره، فقال: أجزت نكاح هذه، وهذه، ووصل الكلام لم يجز نكاح واحدة منهما، فجعل قوله: أجزت نكاح هذه وهذه، وقوله: أجزت نكاحهما سواء، فجعل الواو ههنا للجمع، وكذلك في قول الله تعالى ﴿إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ﴾ [المائدة: ٦] جعل الواو للجمع^(١).

وإذا تزوج رجل أمتين بغير إذن المولى، فقال: أعتقت هذه وهذه، فإنه جعل الواو للترتيب حتى قالوا: أنه يبطل نكاح الثانية وجاز نكاح الأولى، وكذلك لو قال: أنت طالق وطلقتي، لغير المدخول بها تبين بالأولى ولا يقع بالثانية فجعل الواو للترتيب.

والفرق أن الكلام إنما يقف على ما يؤثر فيه ألا ترى أن الاستثناء لما كان مؤثراً في الكلام تغير حكمه، ووقف الكلام عليه، وكذلك الشرط، فإذا قال في الأختين أجزت هذه وهذه، فنكاح كل واحدة منهما يؤثر في نكاح الأخرى لأنه مهما جاز أحدهما انفسخ نكاح الأخرى، فجاز أن يقف نكاح الأولى على الثانية، فكأنه أجازهما معاً، ولم يسبق إحداهما الأخرى، وكذلك الأعضاء الأربعة في الغسل لكل عضو تأثير في الآخر، لأنه لو غسل بعضه دون البعض لم تجز صلاته، فصار كالمجموع.

وأما إذا قال هذه حرة، وهذه فليس لعنق إحداهما تأثير في عتق الأخرى، لأن العتق إذا أضيف إلى إحداهم عتقت، سواء أعتقت الأخرى أو لم تعتق فلم يقف الأول على الثاني، وكذلك في الطلاق، وليس للطلقة الثانية تأثير في الطلقة الأولى، لأنه سواء أوقع الثاني أو لم يوقع فإنه لا يختلف حكم الأولى، فلم يقف عليه، فسبق نفوذه نفوذ الثاني فلا يقع الثاني.

١٤٧- رجل تزوج أمة بإذن مولاه، ثم تزوج حرة على رقبة تلك الأمة فأجاز مولاه، أو تزوج على رقبتها بإذن مولاه جاز، وصارت الأمة مهر الحرة، ولا يفسد نكاح الأمة.

ولو تزوج أمة غيره ثم قال لمولاه: أعتقها عني على ألف، ففعل فسد النكاح بينهما.

(١) انظر البحر الرائق (١٠٣/٣) وشرح فتح القدير (١١١/٧).

والفرق أنه قارن العقد ما يمنع دخول الأمة في ملكه، وهو استحقاق المرأة الملك عليه، لأنه أوجب للمراة، فلم يملكه كالوكيل بالشراء إذا اشترى أمة وهي زوجة للوكيل، فإنه لا يفسد النكاح، لأنه قارن العقد ما يمنع دخوله في ملكه، كذا هذا. وليس كذلك مسألة العتق، لأنه لم يقارن العتق ما يمنع دخوله في ملكه، بل قارن ما يوجب دخوله في ملكه، لأن العتق عنه لا يكون إلا بعد أن يكون الملك له، فصار كما لو قال: مَلِكُنِيهَا وَأَعْتَقَهَا عَنِّي.

فإن قيل: يستحيل أن يكون مهرًا للمراة، ولا يكون ملكًا للزوج. قلنا: يجوز ألا يكون ملكًا له ويكون مهرًا، كما روي أن النجاشي زوج أم حبيبة من النبي عليه السلام، وأمهرها عنه أربعمئة دينار بغير إذن، ولأنه لما تزوجها على رقة الأمة فقد عقد عليها عقد القضاء، لأنه أوجب قضاء ما يلزمه من المهر من رقيتها، فإذا أجاز المولى فقد أجاز القضاء، والقضاء يصح وإن لم يكن ملكًا للمقضي عنه، كما لو تبرع إنسان بقضاء دين آخر أو مهر عليه. فإن قيل: لو لم تصر ملكًا للزوج لوجب ألا يعود نصفها إلى الزوج كالطلاق قبل الدخول.

قلنا: العقد يمنع دخول المهر في ملكه، لأن في ضمنه إيجاب الملك لها، فإذا طلقها ارتفع العقد، فزال المانع من دخوله في ملكه، فعاد الملك إليه فبطل النكاح إذا قبضها منها، كما قلنا في الوكيل بالشراء إذا وجد الأمر بالمشتري عيبًا، فرده عليه، فرضي به الوكيل فإنه يدخل في ملكه، لأن المانع من الدخول في ملك الوكيل إيجاب الملك للموكل وقد زال، فعاد الملك إليه، كذلك ههنا.

فإن قيل الزوج يغرم القيمة، فدل أنها صارت ملكًا له.

قلنا يجوز أن يجب عليه الضمان من غير حصول الملك له كما لو ضمن على دينًا إنسان بغير أمره فإن الضمان يلزمه، وإن لم يملك بإذائه شيئًا كذلك هذا.

١٤٨ - ولو أن رجلا تحته أمة لرجل، فأمر الزوج المولى أن يزوجه امرأة حرة ولم يقل بأمته، فزوجه امرأة على الأمة التي تحته جاز، والأمة للحرة، وهي امرأته، ولا شيء للمولى على الزوج.

ولو أن امرأة أمرت رجلا أن يخلعها من زوجها، فخلعها الوكيل بمال من عنده وقضاه، فإنه يرجع على المرأة، وكذلك الصلح من دم العمد.

والفرق أن عقد النكاح لا يعرى عن ضمان يجب على الزوج، بدليل أنه لو

تزوجها على غير مهر فإنه يجب لها مهر المثل، ولأنه لا يعرى عن ضمان يجب على الزوج، فصار في التقدير كأنه قال: زوجني امرأة على أن المهر عليّ، فإذا تزوجه وجب المهر على الزوج، وصار هو قاضيًا بغير أمره، وكان متبرعًا فلا يرجع به عليه.

وليس كذلك الخلع، والصلح عن دم العمد، لأن هذه العقود تعرى عن ضمان يجب على المعقود له، لأن الصلح والخلع من غير بدل جائز، فصار كأنه قالت: احليني بألف إن شئت عليّ، وإن شئت عليك، ولو قالت ذلك فخالعها الوكيل على مال، وأداه يرجع عليها كذلك هذا.

١٤٩- لو أمر رجلًا أن يزوجه امرأة بغير عيناها، فزوجه أختين لا يجوز نكاح واحدة منهما^(١).

ولو أمره أن يزوجه هذه المرأة، فزوجهها مع أختها منه في عقد أو عقدين جاز، وهكذا ذكره أبو يوسف في الأمالي رواه بشر عنه.

والفرق أن الداخل في الإذن نكاح إحداهما وهي مجبولة. في نكاح الأخرى فاسد، وكل واحدة في جواز أن يكون هي التي فسد نكاحها لصاحبها فاستويا، ففسد نكاحهما، كما لو قال لعبده: تزوج امرأة، فتزوج امرأتين في عقد لم يجز، كذلك هذا.

وليس كذلك إذا كانت معينة، لأن الداخل في الإذن نكاح إحداهما وهي معلومة والأخرى لا تراحمها في العقد، إذ لا يميز له، فصار كما لو أفردا بالعقد، وكما لو جمع بين حمار وتلك المرأة وتزوجها جاز نكاحها، كذلك هذا.

وهكذا لو قالت امرأة لرجل: زوجني من رجل، فزوجهها من رجلين لم يجز.

ولو قالت: زوجني من فلان، فزوجهها منه ومن آخر في عقد جاز لما ذكرنا.

١٥٠- وقال أيضًا لو وكله أن يزوجه امرأة، فزوجه حرة وأمة في عقد جاز نكاح

الحرّة. ولو تزوجه أختين لم يجز نكاح واحدة منهما.

والفرق أن الأمة لا تراحم الحرّة في العقد، إذ لا يميز لنكاحها فبقيت منفردة

بالعقد، والموكل لو عقد مثل هذا العقد جاز نكاح الحرّة، كذلك الوكيل.

في الأختين كل واحدة تراحم الأخرى، إذ ليست بأولى من صاحبها بالجواز،

والموكل لو عقد هذا العقد لم يجز، كذلك الوكيل.

١٥١- وقال: على هذا الأصل لو زوج رجل رجلًا بغير أمره حرة وأمة في عقد

(١) انظر البحر الرائق (١٤٩/٣)، والمبسوط (١١٧/١٩).

فله أن يجيز نكاح الحرة، ولو زوج رجل رجلين أختين أو خمس نسوة لم يجز له أن يجيز شيئاً منهن، وقال أيضاً: لو زوج الولي امرأة من رجلين أحدهما أختها تحته جاز لها أن تجيز نكاح الآخر وإن لم تكن أختها تحته فزوجها من رجلين لم يجز لها أن تختار نكاح أحدهما. والفرق بينهما ما بينا.

١٥٢- رجل أراد أن يزوج ابنة صغيرة، فأمر رجلاً أن يزوجه فزوجها والأب حاضر يجوز شهادة المزوج على النكاح^(١). وإن كان الأب غائباً لم يجز. والفرق أن الأب إذا كان حاضراً فالعقد تم بحضوره ورأيه، فصار كتوليته بنفسه، فالوكيل صار سفيراً، فجاز أن يتعقد النكاح بحضوره، الدليل عليه أنه لو وكل رجل وكيلاً بأن يبيع شيئاً، فوكل الوكيل وكيلاً فباع بحضرته جاز، وجعل حضوره كتوليته بنفسه كذلك هذا.

وإذا كان الأب غائباً فلم يتم الأمر بحضوره فلا يجعل كالمتولي العقد بنفسه، فصار هو العاقد، فإذا شهد صار يشهد على فعل نفسه فلم يجز، كما لو وكل الوكيل وكيلاً، وغاب الأول فباع الثاني لم يجز، ولم يجعل بيعه كتوليته بنفسه، كذلك هذا.

١٥٣- قال في المنتقى: رجل فجر بامرأة أبيه قبل أن يدخلها وأراد الفساد، فغصبها على نفسها فلها نصف المهر على الأب، ولا يرجع به على الابن. ولو قبلها الابن بشهوة أو لمسها، فإنه غصب نفسها على ذلك وصدقه الأب يرجع عليه بنصف المهر^(٢).

والفرق أن في الوطء قد وجب الحد عليه، فلو أوجبنا العقر لأوجبنا بالوطء الواحد عقوبة في بدنه وغرمًا في ماله، وهذا لا يجوز، إذ المهر والحد لا يجتمعان. وليس كذلك التقبيل، لأنه لم يجب بذلك الفعل عقوبة في بدنه ولا حد، فجاز أن يجب بتقرير مال على غيره ضمناً كالشهود إذا رجعوا.

١٥٤- رجل قال لآخر استدن عليّ لامرأتي كل شهر عشرة دراهم فأنفق عليها، فقال: قد أنفقت، وصدقته المرأة قال: لا تصدق المرأة من غير بينة.

وإذا كانت النفقة مفروضة عليه صدقت، وكذلك نفقة الصغار.

والفرق أن النفقة بالقرض صارت ديناً عليه، فقد أمره بقضاء مضمون عليه لغيره

(١) انظر الهداية شرح البداية (١/١٩١)، وشرح فتح القدير (٣/٢٠٦).

(٢) انظر المبسوط (٣٠/٣٠)، وشرح فتح القدير (٥/٢٦١).

عن ذلك الضمان، فإذا أقرت بالاستيفاء فقد برئ من ذلك الضمان، فحصل مقصوده بالأمر، فرجع به عليه، كما لو أمره بقضاء دين آخر.

ولو لم تكن مفروضة، فقد أمره بأن يؤدي شيئاً عنه لم يرجع بها عليه. فإذا قال: أدبت وصدقته، فهي تريد أن توجب عليه ضماناً بقولها، فلا تصدق.

١٥٥- وذكر في المنتقى عن محمد بن رجل تزوج امرأة نكاحاً فاسداً فوطئها مراراً، ففرق بينهما فعليه عقر واحد، وكذلك لو اشترى جارية فوطئها مراراً، فاستحققت فعليه عقر واحد، ولو استحق نصفها فعليه نصف المهر، ولو وطئ مكاتباً مراراً فعليه عقر واحد، والأب إذا وطئ جارية ابنه مراراً فعليه مهر واحد^(١).

ولو وطئ مكاتباً بينه وبين آخر مراراً فعليه نصف المهر لنصفه، وعليه لكل وطء نصف مهر للنصف الآخر، ويكون للمكاتب، ولو كانت جارية بين رجلين فوطئها أحد الشريكين مراراً فعليه لكل وطء نصف المهر، ولو وطئ الرجل جارية أبيه مراراً وادعى شبهة أو جارية امرأته وادعى شبهة فعليه لكل وطء مهر.

والفرق أن المنكوحة نكاحاً فاسداً، أو المشتراة مسلمة إليه على حكم عقد فاسد، والتسليم على حكم عقد فاسد يوجب حقاً قبضاً في العين، ويفيد من الملك ما يفيد العقد الصحيح، ألا ترى أن المقبوض على العقد الفاسد عندنا مملوك، فقد استوفى الوطاء على حكم الملك فلا يجب أكثر من عقر واحد، كما لو اشترى شراءً صحيحاً، أو تزوجها نكاحاً صحيحاً، وكذلك في المكاتب ملكه في الحقيقة باق إلا أنه جعلها أحق ببدل بضعها، فوقع استيفاءه على حكم ملكه، فصارت كالمنكوحة نكاحاً صحيحاً، وكذلك الأب إذا وطئ جارية ابنه، فقد وطئها على حكم الملك لقوله عليه السلام «هم وأموالهم لكم إذا احتجتم إليهم» فصارت كالمنكوحة على ما بينا.

وأما مكاتبه الغير فلا حق له فيها، وكذلك الجارية المشتركة، فقد وطئ نصيب شريكه لا على حكم ملكه، لأنه علم كون الملك للغير، وجارية الأب لا ملك لابن فيها، ولا حق ملك، بدليل أنه لا يجوز استيلاده، فقد وطئها لا على حكم الملك، فصار كل وطء مستوفياً على حكم ملك صاحبها، فصار الثاني كالأول، والأول موجب العقر كذلك الثاني.

١٥٦- رجل تزوج امرأة نكاحاً فاسداً على جارية بعينها، فدفع الجارية،

(١) انظر شرح فتح القدير (٣/٣٦٥) والمبسوط (١٣/١٦١)، وحاشية ابن عابد (٤/٤٦).

فأعتقها قبل أن يدخل بها، فإن العتق باطل. ولو أعتقها بعد ما دخل بها جاز العتق والفرق لأن النكاح الفاسد لا يفيد الملك في المهر إلا إذا اتصل بالدخول، كالباع الفاسد لا يفيد الملك إلا إذا اتصل بالقبض، فإذا أعتقها قبل الدخول بها فقد أعتقت مالاً شاك فلم يجز.

ولو كان دخل بها فقد أعتقت ما تملك فنفذ العتق.

١٥٧- إذا كان للمسلم أب كافر ذمي، أو للكافر أب مسلم يجب نفقة الأب على

الابن.

ولو كان له أخ كافر لا يجب عليه نفقته.

والفرق أن الكفر لم يقطع الرحم بين الولد والوالد، لأن تلك القرابة متأكدة، بدليل قوله تعالى: ﴿وَإِنْ جَاهِدَاكَ عَلَى أَنْ تُشْرِكَ بِي مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ فَلَا تُطِعْهُمَا وَصَاحِبُهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾ [لقمان: ١٥]، والذمي يجاهد على الشرك ومع ذلك أمر بمصاحبتهم، فجاز أن يؤمر بالإنفاق عليه، إذ هو نوع مصاحبة بمعروف وبر.

وأما في غير الوالدين فوجب النفقة لأجل الصلة، والكفر قطع الصلة بينهما، لأن تلك القرابة ضعيفة فقطعها الكفر، والدليل عليه قوله تعالى: ﴿لَا تَجِدُ قَوْمًا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ يُوَادُّونَ مَنْ حَادَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ﴾ [المجادلة: ٢٢]، وفي إيجاب النفقة نوع مودة وصلية، فلا يؤمر به مع الكفر، ولهذا المعنى قلنا: يجوز للمسلم أن يتدبى بقتل أخيه الحربي، ولا يجوز أن يتدبى بقتل أبيه الحربي، لأنه يجب صلة الرحم مع الوالد، ولا يجب صلة رحم من سواه عند اختلاف الدين.

١٥٨- ولا تجب نفقة الأب الحربي على الابن المسلم. وتجب نفقة الأب الذمي.

والفرق أن وصلة أهل الحرب ممنوع منها فلذلك لا يجوز أن يتصدق عليهم، قال الله تعالى: ﴿إِنَّمَا يَنْهَكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ قَتَلُواكُمْ فِي الدِّينِ وَأَخْرَجُوكُم مِّن دِيَارِكُمْ وَظَنُّوْا عَلَىٰ إِخْرَاجِكُمْ أَنْ تَوَلَّوْهُمْ﴾ [المتحنة: ٩] وفي إيجاب النفقة نوع موالاة، وهذا لا يجوز.

وأما الذمي فمواصلته غير ممنوعة، بدليل قوله تعالى: ﴿لَا يَنْهَكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُفْتَلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُم مِّن دِيَارِكُمْ أَنْ تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوا إِلَيْهِمْ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾ [المتحنة: ٨] وفي إيجاب النفقة نوع بر، فجاز أن يوجب.

«كتاب الطلاق»

١٥٩- قال أصحابنا (رحمة الله عليهم) يجوز أن يطلق الحامل والأيسة والصغيرة عقيب جماعه.

ولا يجوز أن يطلق ذوات الحيض في طهر قد جامعها فيه.
والفرق أن الوطاء في الأيسة، والصغيرة والحامل لا يفيد حبلاً، فأمن الندم عقيب الوطاء، لحدوث الحمل. فجاز له أن يطلقها كما لو مضت حيضة في ذوات الأقرء.
وأما في ذوات الأقرء فلم يوجد ما يؤمن معه وجود الحمل من الوطاء، فلم يؤمن الندم، فلا ينبغي له أن يطلقها، لقوله تعالى: ﴿لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُخْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾ [الطلاق: ١].

١٦٠- رجل خلا بامرأته وهي صائمة في رمضان أو محرمة، فتلك الخلوة لا تكون موجبة لكمال المهر.

ولو خلا بها وهي صائمة صوم التطوع كانت خلوة صحيحة.
والفرق أن بينه وبين الوصول إليها حائلاً من جهة الشرع لا يمكنه رفعه، وهو صوم الفرض، لأنه لا يجوز له أن يقطع صومها، وفسخ الإحرام لا يمكن رفعه فصار كما لو كان بينهما ثالث، أو كانت حائضاً، فإنه لا تصح الخلوة به كذلك هذا.
وأما في صوم التطوع فإنه يجوز له أن يقطع صومها، بدليل أنه ليس لها أن تشرع ابتداء فيه إلا بإذنه وبينهما حائل يمكن رفعه، فصار كما لو لم تكن صائمة، أو كانت في الصلاة.

١٦١- للمعتدة من وفاة زوجها أن تخرج بالنهار من منزلها.

وليس للمعتدة من الطلاق أن تخرج^(١).

والفرق أن المعتدة من الطلاق تجب نفقتها على الزوج، فقد استغنت بالنفقة عن الكسب، فلم يجز لها أن تخرج، كما لو كانت في صلب النكاح، وكما لو أرادت الخروج للعب.

والمتوفى عنها زوجها لا نفقة لها، فهي محتاجة إلى التكسب، فلو منعها من الخروج لأدى إلى الإضرار بها وهذا لا يجوز، فقلنا: لها أن تخرج.

(١) انظر حاشية ابن عابدين (٥٣٦/٣). والبحر الرائق (١٦٧/٤) والمبسوط للسرْحسي (٢٠٣/٥) ونحفة الفقهاء (٢٤٩/٢).

١٦٢ - للمطلقة الصغيرة أن تخرج في العدة من طلاق بائن.

وليس للبالغة أن تخرج في حق النكاح.

والفرق أن المنع من الخروج في العدة حق الله تعالى، بدليل أن الزوجين لو تراضيا على إسقاطه لا يسقط، والصبيّة غير مخاطبة بحق الله تعالى، وفيه تحصين ماء الزوج، وهي لا تحتاج إليه، فجاز لها أن تخرج.

بخلاف البالغة، ولا يلزم على ما قلنا في الطلاق الرجعي، لأنه لا يرفع النكاح، فبقيت الزوجية، فلم يجز لها أن تخرج إلا بإذن الزوج كغير المطلقة.

١٦٣ - الكبيرة إذا كانت عدتها بالشهور فطلقها زوجها واعتدت بثلاثة أشهر، وأقرت بانقضاء العدة، ثم جاءت بولد ما بينه وبين ستين لزم الزوج.

والصغيرة إذا كانت عدتها بالشهور فأقرت بانقضاء العدة بثلاثة أشهر، ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر فإنه يلزم الزوج، ولو أتت به لأكثر من ستة أشهر فإنه لا يلزمه^(١).

والفرق أن الكبيرة لما حبلت تبين أنها لم تكن آيسة، إذ الآيسة لا تحبل، وأن عدتها لم تكن بالشهور، فلم تنقض العدة بسطي المدة، وإقرارها رد لوجود الحبل، لأن الحبل أكذبه فصار كأكذاب الزوج، فبقيت معتدة فصار هذا علوقاً وجد على فراش الزوج، فلزمه كما لو لم تقر وكانت من ذوات الأقراء.

وليس كذلك الصغيرة لأنها إذا أتت بالولد لأكثر من ستة أشهر أمكن حدوثه بعد الإقرار، فلم يتبين كذبها في الإقرار بانقضاء العدة، لأنه بوجود الحبل لا يتبين أنها لم تكن صغيرة فلم يطل إقرارها فصار هذا علوقاً بعد زوال الفراش، فلا يلزم الزوج، فإذا أتت لأقل من ستة أشهر تبين أن العلوق كان على فراشه، وأن عدتها لم تكن بالأشهر، فتبين غلطها في الإقرار فرد إقرارها، فصار كما لو تقر.

١٦٤ - إذا قبضت المرأة المهر من زوجها وهو ألف درهم، ثم وهبتها منه ثم طلقها قبل الدخول بها فعليها أن تغرم له نصف الألف.

ولو كان المهر عرضاً فوهبته له، ثم طلقها قبل الدخول لا تغرم له شيئاً.

والفرق أنه لم يوصل تبرعها إليه ما يستحق الزوج عليها بالطلاق قبل الدخول

(١) انظر الهداية شرح البداية (٣٤/٢) والبحر الرائق (١٧٣/٤) والبسوط (١٦/٦)، وشرح فتح القدير (٣٢٣/٤) والبدائع (١٩٥/٣).

عليها، لأن الدراهم لا تتعين في العقد، والدليل عليه أن لها أن تعدل إلى غير تلك الدراهم فتردها عليه عند الطلاق، وللزوج عند العقد أن يسلم غيرها إليها أيضاً فإذا لم تتعين عند العقد لم تتعين عند الفسخ، فلم يوصل إليه تبرعها ما يستحقه عليها بالطلاق قبل الدخول، فله أن يرجع عليها بخمسمائة كما لو لم تنهب منه.

وليس كذلك إذا كان المهر عرضاً لأنه يتعين في العقد، بدليل أن الزوج لو أراد أن يسلم عرضاً آخر إليها لم يكن له ذلك، وإذا تعينت عند العقد، تعينت عند الفسخ، فقد أوصلت إليه تبرعها عين ما يستحقه عليها بالطلاق قبل الدخول، فلو أوجنا عليها الضمان لأرجينا على المتبرع ضمناً بتبرعه فيما تبرع به لمن تبرع عليه، وهذا لا يجوز، كما لو استحققت الهبة لا يرجع الموهوب له على الواهب بشيء لهذا المعنى، كذا هذا.

١٦٥- لو قال لامرأته: أنت علي كمتاع فلان، ينوي به الطلاق فإنه لا يقع الطلاق^(١).

ولو قال: أنت علي كالميتة والدم ونوى به الطلاق يقع.

والفرق أن المتاع يحل له بالعقد، فصار كما لو قال: أنت تحلين لي بالعقد، وهي حلال له بالعقد، فلا يقع.

وأما الميتة فإنه لا يجوز استعمالها وهي محرمة عليه، فقد شبهها بما لا يحل له بالعقد، فصار كما لو قال: أنت علي حرام، ولو قال ذلك ونوى به الطلاق وقع، كذلك هذا.

١٦٦- إذا قال لامرأته: وهبتك لأهلك أو لأملك أو لأبيك أو للأزواج ونوى به الطلاق وقع الطلاق، وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمة الله عليه هكذا.

ولو أنه قال وهبتك لأختك أو لحالتك أو لعمتك أو لفلان، أجنبي لم يكن طلاقاً.

والفرق أن الهبة تقتضي إزالة الملك والمرأة ترد إلى الأم والأب بالطلاق وبملكها الأزواج بعد وقوع الفرقة بينهما، فصار كما لو قال: طلقتك ورددتك إلى أهلك، وأما الأخت والخالة والعمة والأجنبية فالمرأة لا ترد بالطلاق على هؤلاء، فقد نوى الطلاق بما لا يقتضيه لفظه، فلم يقع.

١٦٧- لو قال لامرأته أنت طالق وطالق وطالق وهي غير مدخول بها وقعت عليها تطليقة واحدة.

(١) انظر المبسوط (٧٢/٦)، (١٧٢/١٠) وحاشية ابن عابدين (٣/٣١٤).

ولو كانت مدخولا بها وقعت ثلاثاً.
والفرق أنها بالطلقة الأولى حرمت ولا عدة عليها، فصارت أجنبية فلا تلحقها الثانية والثالثة.

وليس كذلك المدخول بها لأنها بالتطليقة الأولى حرمت ووجبت عدة عليها فصار بقاء عدة كبقاء أصل النكاح فلم تصر بائنة فتلحقها الثانية والثالثة.
١٦٨- إذا قال: أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة وقعت اثنتين.

ولو قال: أنت طالق أنت طالق أنت طالق إلا واحدة وقعت ثلاثاً.
والفرق أنه إذا قال: أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة، فقد استثنى بعض ما نطق به والاستثناء مع المستثنى أحد اسمي ما بقي، فصار كما لو قال: أنت طالق اثنتين.

وأما إذا قال: أنت طالق أنت طالق أنت طالق إلا واحدة. فقد استثنى جميع ما نطق به، لأنه تلفظ بالواحدة واستثنى الواحدة وإذا عقد ثلاث عقود، واستثنى أحد العقود لم يصح، كما لو قال: عمرة طالق إلا عمرة. فإنه لا يصح الاستثناء، كذلك هذا.

١٦٩- ولو قال: كلما وقع عليك طلاق فأنت طالق، ثم طلقها واحدة، صارت طالقاً أخرى، ثم صارت طالقاً أخرى فيقع ثلاثاً.

ولو قال: كلما طلقتك فأنت طالق أو كلما قلت: أنت طالق فأنت طالق فطلقها واحدة فهي طالق باليمين الأولى، فلا يقع باليمين الثانية.

والفرق أن شرط حنثه في المسألة الأولى وقوع الطلاق عليها، والأولى قد وقعت بإيقاعه، فوجد شرط حنثه في الثانية، فوقعت أخرى ووجد شرط حنثه في اليمين الثالثة بوقوع الطلقة الثانية فوقعت الثالثة.

وليس كذلك إذا قال: كلما طلقتك فأنت طالق، لأن شرط حنثه إيقاع طلاقه عليها، ولا وقوع الطلاق، والإيقاع فعله، وقد وجد الإيقاع مرة، فوقعت واحدة ووجد شرط حنثه في الثانية فوقعت الثانية، وشرط حنثه في الطلاق الثالث إيقاع الثانية لا وقوعها ولم يوجد فلا يقع.

فإن قيل أليس عند وجود الشرط يقع الطلاق بإيقاعه فيكون مطلقاً فيجب أن تقع الثالثة.

قلنا: قوله «كلما طلقتك» يمين واليمين يحتمل على العرف والعادة جرت بأن الرجل إنما يمنع نفسه عما يقدر على الامتناع منه، فيحمل قوله كلما طلقتك على إيقاع مبتدأ أو يعين يعقده مبتدأ حتى يوصف بأنه يقدر على الامتناع منه، وإذا حملنا عليه ولم

يوجد لم يقع.

١٧٠ - إذا قال لامرأته: أنا بائن، ولم يقل منك، ونوى الطلاق لم يقع^(١).

ولو قال: أنت بائن، ولم يقل «مني» وقع.

والفرق أن الرجل يكون بائناً من غيرها بأن يطلق أخرى، ولما لم يقل منك فلم يصف التحريم إليها فلا يقع.

وأما إذا قال: أنت بائن فإنها لا تكون بائنة إلا منه، فاستغنى عن إضافة البيونة إلى نفسه فوقع.

١٧١ - لو قال: يوم لا أطلقك فيه فأنت طالق، فمضى يوم ولم يطلقها فيه طلقت. وإن مضت ليلة لا تطلق.

ولو قال: يوم أدخل دار فلان فامرأته طالق ولا نية له، فدخلها ليلاً أو نهاراً حث. والفرق أن اليوم حقيقة لبياض النهار، وقد يعبر به عن مطلق الوقت، والدليل عليه قول الله تعالى: ﴿وَمَنْ يُؤَلِّهْمْ يَوْمَئِذٍ دُورُهُ﴾ [الأنفال: ١٦]، ويراد به الوقت ويقال: أيام بني العباس وبني أمية، ويقال لا أراني الله يومك، يعني وقت وفاتك، وقوله: لا أطلقك نفي الفعل ونفي الفعل لا يحتاج إلى ظرف يقع فيه فلو حملناه على الوقت لحملناه على ما لا يحتاج إليه فلا فائدة في حمله على الوقت، واللفظ إذا كان يصلح لشئين ولم يجز حمله على أحدهما وجب أن يحمل على الآخر، وحمله على النهار حمل على حقيقته فحمل عليه.

وليس كذلك قوله: يوم أدخل دار فلان، لأنه إثبات الفعل، وإثبات الفعل يقتضي ظرفاً من مكان أو زمان يقع، فلو حملناه على الوقت حملناه على ما يحتاج إليه اللفظ، فحملناه عليه إذ هو أعم، فصار كأنه قال: أي وقت دخلت دار فلان فأنت طالق، فكل وقت دخلها ليلاً أو نهاراً طلقت وكذا هذا.

وكان القاضي الإمام رحمه الله يقرر هذا الكلام على هذا الوجه. ثم قرره على وجه آخر فقال: إن قوله: يوم لا أطلقك فأنت طالق، إيجاب لإيقاع الطلاق، لأنه عاقب نفسه على ترك الإيقاع، فصار موجباً لإيقاع الطلاق، لأن من عاقب نفسه على ترك شيء صار موجباً فعل ذلك الشيء وإيجاب الفعل يقتضي ظرفاً من مكان أو زمان يقع فيه، فلو حملناه على جميع الأوقات لألغيناه، لأنه لو لم يقل يوم لكان أيضاً هكذا، فحملناه على

(١) انظر البحر الرائق (٣/٣٠٢، ٣٠٣) والبسوط (٦/٨٣) وحاشية ابن عابدين (٣/٢٧٢، ٣٢١)، والبدائع (٣/١١٧).

بياض النهار وهو حقيقة في اللفظ فلا بحث بمضي الليل.
وليس كذلك قوله: يوم أدخل الدار، لأنه نافي الفعل، لأنه عاقب نفسه على الفعل وهو الدخول، فصار نافيًا له ونفي الفعل. لا يقتضي ظرفًا من مكان أو زمان يقع فيه، فلو حملناه على النهار لحملناه على ما لا يحتاج اللفظ إليه، فلا يحمله عليه، فكأنه لم يذكر اليوم، ففي أي وقت وجد الدخول حث.
ووجه آخر وهو أن قوله: يوم لا أطلقك نفي للفعل وشرط حثه أن لا يوقع عليها الطلاق، فلو حملناه على عموم الأوقات لأدى إلى منع لزوم الطلاق أبدًا، لأنه ما لم تمض جميع الأوقات لا يقع، وهو قد ألزم نفسه الطلاق، فلا يجوز أن يبطل، فإذا لم يحمل على عموم الأوقات حمل على بياض النهار.
وليس كذلك قوله يوم أدخل دار فلان فأنت طالق، لأن شرط حثه إيقاع الطلاق، وهو إثبات للفعل وإثبات الفعل يقتضي ظرفًا من زمان يقع فيه، ففي حمله على عموم الأوقات لا يكون إلغاء للفظ، لأنه في أي وقت يوجد الدخول يقع، فجاز أن يحمل عليه فصار كأنه قال: في كل وقت أدخل الدار فأنت طالق، فأى وقت دخلها وقع، كذلك هذا.
١٧٢ - إذا قال: زينب طالق، ثم قال: نويت به امرأة أخرى أجنبية تسمى زينب لم يصدق^(١).

ولو قال: إحداكما طالق لأجنبية ولامرأته، ثم قال: نويت به الأجنبية يصدق.
والفرق أن ظاهر قوله: زينب طالق أنه قصد به إيقاع الطلاق، وقوله: زينب اسم علم، وأساء الأعلام عند المعانة تجري مجرى الإشارة، ولو أنه أشار إليها، وقال: أنت طالق، ثم قال: نويت أخرى لم يصدق، ويحمل اللفظ على ما يفيد، ولا يلغو، كذلك هذا.

وليس كذلك قوله: إحداكما طالق، لأن قوله: إحداكما ليس باسم علم، وإنما هو اسم جنس، كل واحد منهما في دخوله تحت هذا اللفظ كالأخرى، فكأنه قال: هذه طالق أو هذه، ولو قال لم يقع الطلاق على امرأته، كذا هذا.

١٧٣ - إذا قال لامرأته: أنت طالق اليوم غدًا، فهي طالق اليوم.
ولو قال: أنت طالق اليوم إذا جاء غد، فهي طالق متى طلع الفجر.

(١) انظر البحر الرائق (٢٦٤/٣)، (٢٧٥/٤)، والميسوط (١٢١/٦)، وابن عابدين (٢٩٢/٣)، وشرح فتح القدير (١٥٧/٤، ٢٥٤) والبدائع (١٥٨/٣).

والفرق أنه أوقع الطلاق في وقت، ووقت ذلك الوقت بوقت آخر، والوقت لا يتوقت بوقت آخر، لأن اليوم لا يكون غداً، فلم يصح التوقيت فوق الطلاق وبطل الوقت الثاني.

وليس كذلك قوله: إذا جاء غداً، لأنه وقت الطلاق بوقت، وعلقه بشرط، فبطل التوقيت وتعلق بالشرط، فما لم يوجد الشرط لا يقع، كما لو قال: أنت طالق إذا دخلت الدار، فما لم يدخل الدار لا تطلق، كذلك هذا.

١٧٤- إذا قال لامرأته: أنت طالق في مكة، أو في ثوب كذا، طلقت في الحال في القضاء، وإن نوى إذا قدم مكة.

ولو قال: في ذهابك إلى مكة أو دخولك دار فلان أو في مرضك، فما لم يوجد لا يقع.

والفرق أنه أوقع الطلاق في ظرف وهو مكة، والظرف موجود فوق في الحال، كما لو أوقعه في وقت موجود، وهو أن يقول: أنت طالق اليوم فإنه يقع، كذلك هذا. وليس كذلك قوله: في مرضك، لأنه أوقع الطلاق في ظرف غير موجود، فما لم يوجد لا يقع، كما لو قال: أنت طالق غداً، فما لم يوجد لا يقع، كذلك هذا.

أو يقول الذهاب والدخول والمرض فعل لا يجوز أن يكون ظرفاً، فصار المراد به المقارنة، لأن كلمة «في» تطلق ويراد بها «مع»، قال الله تعالى: ﴿قَدْ خَلَى فِي عِبَادِي﴾ [الفجر: ٢٩، ٣٠]، أي مع عبادي، فقد أوقع الطلاق مقارناً للذهاب، فلما لم يوجد لا يقع.

١٧٥- إذا قال لامرأته: إن كان في بطنك غلام فأنت طالق، فولدت غلاماً وجارية وقع.

ولو قال: إن كان حملك غلاماً فأنت طالق، فولدت غلاماً وجارية لا يقع. والفرق أن الحمل عبارة عن جميع ما في البطن، بدليل أن الله تعالى قال: ﴿وَأُولَئِكَ أَصْحَابُ الْأَحْشَاءِ أُولَئِكَ لَا يُصْعَقُونَ﴾ [الطلاق: ٤]، فما لم تضع جميع ما في البطن لا تنقضي العدة، فدل على أن الحمل عبارة عن جميع ما في البطن، فشرط حته أن يكون جميع ما في بطنها غلاماً أو جارية ولم يوجد فلا يقع.

وليس كذلك قوله: إن كان في بطنك غلام، لأن في للظرف، فيقتضي كون بطنها ظرفاً للغلام، وقد وجد مع غيره فلا يخرج من أن يكون ظرفاً للغلام، فقد وجد فوجد

شرط حثه فيقع. ١٢٦- ولو قال لامرأته: أنت طالق واحدة، لا بل اثنتين، وهي مدخول بها طلفت

ثلاثاً.

ومثله لو قال: كنت طلقتك واحدة لا بل اثنتين، طلقت اثنتين.
والفرق أن قوله: أنت طالق واحدة، ابتداء الإيقاع، لأنه لم يسبقه ما يمكن أن يجعل هذا إخباراً عنه، فوقع واحدة، وقوله: لا، رجوع والرجوع عن الطلاق الواقع لا يصح، وبل استدراك، والاستدراك يصح ف وقعت الثانية والثالثة.
وليس كذلك قوله كنت طلقتك، لأن هذا إخبار عن إيقاع سابق، فإذا قال، لا، صار راجعاً عما أقر به ورجوعه لا يصح، و«بل» استدراك، وقد سبق ما يمكن أن يجعل الثاني راجعاً إليه وإخباراً عنه، فصار كما لو قال: كنت طلقتك واحدة لا بل كنت طلقتك تلك الواحدة، وأخرى معها، فلا يقع.

١٢٧- إذا قال: أول امرأة أتزوجها فهي طالق، فتزوج امرأتين في عقد لم تطلق واحدة منهما.

ولو قال: إذا تزوجت امرأة فهي طالق، فتزوج امرأتين في عقد طلقت إحداهما.
والفرق أن الأول اسم للسابق المنفرد الذي لم يسبقه غيره ولم يشاركه في الاسم سواء، ولم يوجد في المرأتين هذه الصفة فلم يقع.
وليس كذلك إذا تزوج امرأة فهي طالق، لأن شرط حثه تزوج امرأة، وانضمام أخرى إليها لا يمنع وقوع الطلاق، كما لو قال: أنت طالق إن كلمت زيداً وكلم زيداً وعمراً وقع الطلاق، كذلك هذا.

١٢٨- إذا قال لامرأته: إن قعدت فأنت طالق، وهي قاعدة، فإنها تطلق.
ولو قال لامرأته: إذا دخلت الدار فأنت طالق، وهي داخلة الدار لا تطلق.
والفرق أن استدامة القعود قعود، بدليل أنه يقال قعدت من أول الليل إلى آخره، فقد وجد ما نفاه بعقده فحنت في يمينه.

وأما الدخول فالبقاء على الدخول لا يكون دخولاً، لأنه لا يقال: دخلت الدار شهراً، والدخول عبارة عن الانفصال من الخارج إلى الداخل، ولم يوجد بعد يمينه فلا يقع.

١٢٩- إذا قال لامرأته: فلانة طالق، وذلك اسم امرأته طلقت، ولم يصدق في صرف الطلاق عنها في القضاء، وكذلك العتاق.

ولو قال لفلان: علي ألف درهم، فجاء رجل بذلك الاسم، نادعاه لم يلزمه دفع المال إليه إذا أنكره.

والفرق أن هذا اللفظ موضوع لإيقاع الطلاق، فالظاهر أنه يقع الطلاق على امرأة تنسب إليه، وهذه المعروفة هي المنسوبة إليه بالزوجة، نوقع عليها.

وليس كذلك الإقرار، لأن الإقرار إيجاب للحق على نفسه، ولا ظاهر يقتضي صرفه إلى هذا دون هذا، إذ الإقرار يجوز لكل واحد منهما، وكل واحد منهما في استحقاق هذا المال كصاحبه، نصار إقراراً لمجهول، فلم يصح، فله أن يصرفه إلى أيهما شاء.

١٨٠- إذا شهد شاهدان على الطلاق واختلفا في الوقت قبلت شهادتهما ولو اختلفا في النكاح في الوقت لم تقبل^(١).

والفرق أن الطلاق قول، والقول يحكى ويعاد، فيكون الثاني هو الأول، ألا ترى أن القرآن بتلى مرة بعد أخرى فيكون الثاني هو الأول، فلم يتبين اختلاف في الشهادة، فقبلت.

وليس كذلك النكاح، لأنه يحتاج في صحته إلى الشهادة، وحضور الشهود، والحضور فعل، والفعل لا يحكى ولا يعاد ويكون الثاني غير الأول، فقد شهدا على معينين مختلفين يحتاج كل واحد منهما إلى شاهدين، والقائم به واحد فلم يثبت لا هذا ولا ذاك.

١٨١- ولو قال مريض لأمته: أنت حرة غداً، وقال الزوج: أنت طالق ثلاثاً بعد غد، وهو يعلم بمقالة الأول فهو فارّ، وإن لم يعلم فلا يكون فارّاً. ولو أن المولى أعتقها ثم طلقها الزوج ثلاثاً وهو لا يعلم بالعنق كان فارّاً ولها الميراث.

والفرق أنه حين عقد لم يكن حقها متعلقاً بماله، ولم يقصد قطع حقها بيمينه أيضاً، إذ لم يتعلق حقها بماله، فكيف يقصد قطعه، فلم يكن فارّاً فإذا علم كان قاصداً قطعه فكان فارّاً.

وأما إذا نجز العتق فحين طلق كان حقها متعلقاً بماله إلا أنه جهل وبجهله يتعلق حقها بماله لا يوجد انقطاع حقها لوجود الطلاق، كما لو طلقها وهو لا يعلم أن الطلاق

(١) انظر شرح فتح القدير (٤/٧٥).

في المرض لا يوجب قطع الميراث فإنها ترث وجهه لا يقطع حقها، كذلك هذا.
١٨٢- إذا طلق المريض امرأته ثلاثاً ثم ارتدت عن الإسلام، ثم أسلمت وهي في العدة فلا ميراث لها^(١).

وبمثل أنه لو طلقها فطاوعت ابن زوجها، ثم مات وهي في العدة فإنها ترث.
والفرق أن الردة معنى يوجب قطع الإرث، بدليل أنه يقطع إرثها عن سائر الأقرباء، فهي بالردة صارت راضية بانقطاع حقها عن ماله فانقطع.
وليس كذلك المطاوعة، لأن نفس المطاوعة لابن الزوج لا يوجب قطع الإرث، بدليل أنه لا يقطع إرثها عن سائر الأقرباء، والفرقة لم تقع بالمطاوعة وإنما وقعت بالطلاق، فلم تصر راضية بقطع حقها عن ماله فلا ينقطع.
١٨٣- إذا جاءت الفرقة من قبل المرأة في مرض الزوج، بأن طاوعت ابنه على الجماع فلا ميراث لها منه.

ولو طاوعته بعد الطلاق في مرض الزوج، والطلاق كان في المرض لم يقطع إرثها.
والفرق أن الفرقة وقعت بمطاوعتها ابن زوجها، لما جامعها قبل الطلاق، فصارت راضية بانقطاع حقها عن ماله فلا ترث، كما لو سألت الطلاق.
وليس كذلك إذا طاوعت بعد الطلاق، لأن الفرقة لم تقع بالمطاوعة، وإنما وقعت بالطلاق، وقد بينا أن المطاوعة لا توجب قطع الإرث، فلم تصر راضية بانقطاع حقها عن ماله فلم ينقطع.

١٨٤- إذا طلق المريض امرأته ثلاثاً ثم قال بعد شهرين: أخبرني أن عدتها قد انقضت، فكذبته، ثم تزوج أربع نسوة في عقد واحد، أو تزوج أختها فالقول قولها، والميراث لها إن مات، ولا يصدق على إبطال نفقتها وميراثها إن جاءت بولد ويثبت نسبه منه ولو قضى لها بالإرث بطل نكاح الأربع نسوة، والأخت.
ولو قضى لها بالنفقة لم يبطل نكاحهن.

والفرق أن القاضي لو قضى بثبوت النسب والإرث فقد ظهر كذب الزوج، لأن النسب إنما يثبت بمعنى متقدم على هذه الحالة، وهي حالة العلوق، وكذلك الميراث إنما هو من أحكام النكاح، فصار الحكم بثبوت النسب والميراث حكماً ببقاء الزوجية بينهما في الماضي، وإذا كان كذلك فقد ظهر كذب الزوج فقد تزوج أختها وهي نخته، وكذلك

(١) انظر البحر الرائق (٥٣/٤) والمبسوط (١٦٤/٦).

أربعاً سواها فلم يجر.

وليس كذلك إذا قضى بالنفقة، لأن النفقة تجب لمعنى مستقبل، لأنها تجب يوماً بعد يوم، فلم يكن القضاء بالنفقة قضاء ببقاء، الزوجية بينهما في الماضي فصار متزوجاً اختها أو أربعاً سواها بعد انقضاء عدتها إذا لم يوجد ما يبطله فكان الميراث هن دوماً.

١٨٥- امرأة أيام حيضها تارة خمسة، وتارة سبعة، فطلقت في المرض فاستحيضت، أخذت في الميراث والصلاة بخمسة وفي التزويج بسبعة.

والفرق أننا تشككنا في مقدار مدة حيضها، ويجوز أنها قد طهرت ووجبت الصلاة عليها، ويجوز أنها لم تطهر ولا صلاة عليها، فلأن تصلي في وقت لا صلاة عليها فيه أولى من أن تدعها في وقت كان واجباً عليها في ذلك الوقت، وكذلك شككنا في وجوب الإرث لها فلا ترث بالشك.

وشككنا في إباحتها للأزواج، والأبضاع يحتاط فيها ولا تباح باللبس والإشكاك، فلأن تدع التزوج في وقت يحل لها التزوج فيه أولى من أن تزوج في وقت لا يجوز لها ذلك.

١٨٦- إذا طلق الرجل امرأته ولها منه ولد، فللمرأة أن تخرج بالولد بعد انقضاء العدة إلى مصرها إن كان النكاح وقع هناك.

وإن كان النكاح وقع في غير مصرها لم يكن لها أن تخرجه إلى مصرها، ولا حيث وقع النكاح هناك.

قال القاضي الإمام رحمه الله إن كان العقد في المصّر والطلاق في ذلك المصّر فليس لها أن تخرج بالولد إلى مصر آخر، وإن كان العقد في مصرها والطلاق في غير مصرها فلها أن تخرج بالولد إلى مصرها، وإن كان النكاح في غير مصرها والطلاق في مصر غيرها، مثل أن يتزوجها بمكة وقد خرجت حاجة، ثم نقلها إلى بلدة فطلقها فلا تخرج بالولد إلى بلدها ولا إلى البلد الذي تزوجها فيه.

والفرق بين هذه المسائل: أن الولد مستفاد على ملك الفرائش، وذلك العقد أوجب تسليم الأم في ذلك المصّر، فكذلك الولد المستفاد عليه، فصار كون الولد في ذلك البلد موجباً للعقد، وفي الخروج عن المصّر ضرر بالصبي، لأنه يغيب عن الوائد فلا يخرج، ويراعى حق العقد وحق الولد، فإن كان النكاح في مصرها والطلاق في مصر آخر فانهقد يوجب التسليم في مصرها، فكذلك الولد المستفاد منه، فصار نقلها إلى بلدها من موجب العقد فيجب أن ينقل.

وإن كان النكاح في غير مصرها والطلاق في غير مصرها فلا تخرج بالولد إلى

مصرها، لأن العقد لا يوجب تسليمًا في مصرها، لأنه لم يتزوجها فيه، فلا يجب تسليم الولد في تلك البلدة، ولا ينقلها إليه، ولا ينقلها إلى البلد الذي تزوجها فيه، لأن فيه إضرارًا بالولد لأنه ليس له في تلك البلدة أحد من أقربائه وأقرباء أبيه، وموجب العقد إنما يراعى إذا لم يؤد إلى الإضرار بالصبي، لأن موجب العقد من حق الصبي، وهذا يؤدي إلى الإضرار به فلا يراعى موجهه، ألا ترى أنها لو ارتدت ولحقت بدار الحرب، لم يكن لها حق في الولد كذلك ههنا، فالحاصل في هذه المسائل: أن يراعى موجب العقد في التسليم، ويصان الصبي عن الضرر.

١٨٧- رجل طلق امرأته طائعا، ثم قال: عنيت به طلاقا من وثاق، لا يصدق.

والمكره لو قال مثل ذلك يصدق.

والفرق أن حالة الطوع لم يقترب باللفظ ما دل على أنه أراد به غيره، والظاهر في اللفظ الإيقاع، فإذا قال: نويت به غيره لم يصدق.

وليس كذلك حالة الإكراه، لأنه افتتن باللفظ ما دل على أنه لم يرد به الطلاق، إذ لو كان قاصداً للطلاق لما احتاج إلى الإكراه، فقد ادعى والظاهر معه فكان القول قوله. ١٨٨- إذا خلع الرجل ابنته الصغيرة أو الكبيرة من زوجها على صداقها ولم يدخل بها وضمنه الأب وقع الطلاق^(١).

وإن لم يضمنه الأب لم يقع، ذكره في كتاب الحيل.

والفرق أن الزوج أزال ملكه عن بعضها بشرط أن يسلم البذل له، فإذا ضمن فقد سلم له البذل، فحصل مقصوده بالعقد فوق.

وليس كذلك إذا لم يضم، لأنه لم يحصل مقصوده بالعقد، وهو إنما رضي برؤاى ملكه عن البضع بشرط أن يسلم البذل له، ولم يسلم فلم يقع الطلاق.

فإن قيل أليس لو خلعه على خمر أو خنزير فقبلت وقع الطلاق، وإن لم يجب البذل. وكذلك الصغيرة إذا اختلعت نفسها من زوجها فالطلاق واقع، وإن لم يجب البذل عليها.

قلنا: يستحيل وجوب الخمر بالعقد للمسلم، وكذلك يستحيل وجوب الجعل على الصغيرة بعقدها، فقد ذكر البذل في عقد يستحيل ثبوته فيه، فكان الشرط فيه القبول دون اللزوم، فصار كما لو قال: إن قبلت فأنت طالق، فإذا قبلت وقع الطلاق ولم يجب البذل

(١) انظر الهداية شرح البداية (١٧/٢)، والبسوط (٤/١٧)، والبدائع (١٤٦/٣) والجامع الصغير (ص ٢١٥).

لاستحالة الذي ذكرنا، وليس كذلك البالغ، لأنه يجوز وجوب البذل بعقده، فإذا ذكر البذل كان قاصداً استجابة، فإذا لم يجب البذل لم يستحق عليه المبدل.

١٨٩- إذا قال الرجل لامرأته: طلقتك أمس بألف فلم تقبلي، أو على ألف، وقالت: كنت قبلت، فالقول قول الزوج مع يمينه.

ولو قال لرجل: بعث منك هذا الشيء أمس فلم تقبل، وقال المشتري قنت، فالقول قول المشتري.

والفرق أن عقد البيع لا يكون إلا ببذل، فإذا أقر بالبيع فقد أقر بوجوب البذل، ووجوب البذل لا يكون إلا بقبول المشتري، فصار كأنه قال: بعث وقبلي، ثم قال لم تقبل فلم يصدق.

وليس كذلك في باب الطلاق، لأن الطلاق قد يكون بغير بدل، فلم يكن إقراره بالطلاق إقراراً بوجوب البذل له، وإذا لم يقر بوجوب البذل لم يكن مقراً بقبول المرأة البذل، فصارت تدعي عليه القبول، وهو ينكر فالقول قوله مع يمينه.

١٩٠- إذا كان النشوز من قبل المرأة جاز للزوج أن يخلعها، ولا تزيد على ما أعطها.

وإن لم يكن النشوز من قبلها كره له أن يخلعها، وأن يأخذ منها شيئاً لا قليلاً ولا كثيراً.

والفرق أنه هو المعتدي في السبب، لأن عليه أن يعاشرها بالمعروف قال الله تعالى ﴿وَعَايِشُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [النساء: ١٩]، فإذا أساء في العشرة فقد تعدى في السبب، فكره له أخذ البذل.

وإن كان النشوز من قبلها فهي المعتدية في السبب، فصارت كالملحنة إياه إلى الخلع، فكان له أن يأخذ عليه بدلاً، ويكره الزيادة للخبر أن امرأة ثابت بن قيس بن شماس جاءت إلى رسول الله ﷺ فقالت: يا رسول الله، لا أنا ولا ثابت ما معه إلا كهدة ثوبي هذا، فقال: «أتردين عليه حديقته؟»، قالت: نعم وزيادة، فقال: «أما الزيادة فلا»^(١)، فدل على جواز الخلع عليه وكراهة الزيادة^(٢).

(١) رواه البخاري (٢٠٢١/٥، ٢٠٢٢) وانظر نصب الراية (٢٤٤/٣)، والدرية تخريج الهدية (٢) ٧٥ وسبل السلام (١٦٧/٣) والسبل الجرار (٢٤٤/٢) ونيل الأوطار (٣٤/٧) وبداية المنتهد (٥٠/٢).

(٢) انظر الجامع الصغير للشيباني (ص ٢١٦)، والمبسوط (١٨٣/٦) وشرح فتح القدير (٢١٤/٤).

١٩١- إذا قال لها: أنت طالق على أن تعطيني ألف درهم، أو قال: على ألف، فهو سواء، فإن قبلت في ذلك المجلس وقع الطلاق عليها.

وبمثلها لو قال: إن أعطيتني ألفاً فأنت طالق، أو إذا أعطيتني، أو متى أعطيتني فقبلت، فإنه لا يقع الطلاق عليها ما لم تدفع له الألف.

والفرق أن لفظ الإعطاء يطلق ويراد به المناولة، بدليل أنه يقال: أعطيته كذا يعني ناولته، ويطلق ويراد به التملك، لأن الهبة والعطية عبارتان عن معنى واحد وهو التملك، فإذا قال: إن أعطيتني أو إذا أعطيتني أو متى أعطيتني لم يكن حمله على التملك، لأن تعليق التملك بالشرط لا يصح، فحملناه على المناولة، فكأنه قال: إن ناولتني ألف درهم فأنت طالق، ولو قال كذلك لم يقع الطلاق إلا بالمناولة، كذلك هذا.

وليس كذلك إذا قال على أن تعطيني ألفاً، لأن ههنا يمكن حمله على التملك، فحملناه عليه، فكأنه قال: إن ملكتني ألف درهم فأنت طالق، ولو قال كذلك وقع الطلاق بالقبول، كذلك هذا.

فإن قيل أليس عند أبي حنيفة رحمه الله لو قالت: طلقني ثلاثاً على ألف درهم فطلقها واحدة لم يقع شيء من البذل ولا يجعل بمعنى المعاوضة، ومعنى قوله بألف درهم هذا جعل ههنا كذلك حتى يكون بمعنى الشرط.

قلنا: الفرق بينهما أن قولها: طلقني ثلاثاً على ألف درهم ليس بإيقاع للطلاق وإنما هو مسألة الطلاق، وعلى إذا أدخل على غير معقود فكان بمعنى الشرط لأنه يؤدي إلى إيجابه، ويجوز تعليقه بالشروط، وفي مسألتنا عقد الطلاق وتعليق العقود بالشروط لا يجوز، فلا نحمله على الشرط لأنه لا يؤدي إلى الغاية.

١٩٢- إذا وكل رجلين بالخلع ليس لأحدهما أن يتفرد بالخلع.

ولو وكل رجلين بالطلاق لأحدهما أن يتفرد به^(١).

والفرق لأن المقصود بعقد الخلع المال، فصار كالبيع، وليس لأحد الوكيلين بالبيع أن يتفرد به، كذلك هذا، والمعنى فيه أنه أشرك بينهما في الرأي والاختيار والشيء مما يحتاج فيه إلى الرأي والاختيار، فلم يكن رضاه برأي أحدهما رضاً برأي الآخر فلم يلزمه. وليس كذلك الطلاق، لأن المقصود منه ليس هو المال، فقد أمرهما بتنفيذ قوله،

والبدائع (١٥٠/٣).

(١) انظر البحر الرائق (١٧٥/٧) والمبسوط (١٩٣/٦)، (١٢٥/١٩).

وامتثال أمره فيما لا يحتاج فيه إلى الرأي والاختيار، فصار كما لو أمرهما بتبليغ الرسالة، فلا أحدهما أن يفرد بتبليغ الرسالة، كذلك هذا.

١٩٣- إذا خلعها على دراهم فوجدها زيوفاً فله أن يردّها.

ولو خلعها على جارية فوجدها معيبة عبياً يسيراً لا يردّها.

والفرق أنه يستدرك بالرد في الدراهم بدلاً، لأنه لو ردها لرجع عليه بمنهاتها، فكان له أن يردّها.

وليس كذلك الجارية، لأن لا يستدرك بالرد بدلاً، لأنه لو ردها لرجع بقيمتها، والمقومون يختلفون فيها، فإذا لم يستدرك بالرد بدلاً لم يكن في الرد فائدة فلا يرد.

١٩٤- ولو قال لامرأته: طلقي نفسك، فلها أن تطلق نفسها ما دامت في المجلس.

ولو قال لأجنبي: طلق امرأتى، فله أن يطلقها بعد المجلس وقبله.

والفرق أن قوله: طلقي نفسك تملك الرأي والاختيار، وليس بتوكيل، لأنه أمر بالتصرف، ويستحيل أن تكون وكالة بالتصرف لنفسها، لأن من اشترى لنفسه شيئاً لا يجعل وكلاً فصار تملكاً للرأي والاختيار، فيقتصر على المجلس، كما لو قال: أنت طالق إن شئت، وكخيار القبول في البيع.

وليس كذلك الأجنبي، لأن هذا توكيل وليس بتمليك، لأنه لا يستحيل أن يكون الأجنبي وكلاً بالتصرف فلا يجعل تملكاً إلا بقرينة، ولم توجد فبقي توكيلاً، والتوكيل لا يقتصر على المجلس.

١٩٥- ولو قال: أبرئي نفسك من الدين الذي عليك - لا يقتصر على المجلس.

ولو قال: طلقي نفسك يقتصر على المجلس.

والفرق أن قوله: أبرئي نفسك، يحتمل معنى التملك، لأنه يتصرف لنفسه، ويحتمل معنى التوكيل، لأنه لا يملك ما في ذمته بالإبراء، وفي التملك تعليق بالشرط لأنه يصير في التقدير كأنه قال: إن قبلت في المجلس وأبرأت نفسك برئت، وتعلق الإبراء بالشرط لا يجوز، فلا يمكن أن يجعل تملكاً فصار توكيلاً، والتوكيل لا يختص بالمجلس.

وليس كذلك إذا قال: طلقي نفسك، فإنه يحتمل معنى التملك والتوكيل، وفي التملك معنى التعليق بالشرط، والطلاق يصح تعليقه بالشرط، فلا ضرورة بنا إلى أن يجعله توكيلاً فبقي تملكاً فيختص بالمجلس.

١٩٦- إذا قال لامرأته: أنت طالق ثلاثاً إن شئت، وهي غير مدخول بها، نقالت:

قد شئت واحدة وواحدة وواحدة طلقت ثلاثاً.

ولو قالت: شئت واحدة وسكنت، ثم قالت: شئت واحدة وواحدة لم يقع شيء.
ولو قال رجل لامرأته وهي غير مدخول بها: أنت طالق واحدة طلقت واحدة.
والفرق أن قوله: إن شئت شرط، والجزاء يتوقف على وجود كمال الشرط، إلا
تري أنه لو قال لغير المدخول بها: أنت طالق وطالق إن دخلت الدار - لم يقع شيء، حتى
تدخل الدار، ثم يقع ثلاثاً عند الدخول ولا يسبق الأول الثانية، كذلك هذا وقف الطلاق
الأول على الثاني والثالث، فإذا عطفت الثاني على الأول والثالث على الثاني صار الجميع
جواباً له فوقع الكل.
وليس كذلك إذا قالت: شئت واحدة، وسكنت، ثم قالت: شئت واحدة وواحدة،
لأنها لم تعطف بعض الكلام على بعض، وقد علق الطلاق بمشيئة الثالث، وإذا قالت:
شئت واحدة، وسكنت، فقد أعرضت عما جعل إليها، فخرج الأمر من يدها - فلم يقع
شيء، كما لو قامت من المجلس.
وليس كذلك إذا قال: أنت طالق وطالق وطالق، لأن هذا إيقاع، والإيقاع لا يقف
بعضه على بعض فبانت بالأولى، فلا تلحقها الثانية والثالثة.
١٩٧- إذا قال لامرأته: طلقي نفسك، ثم نهاها في المجلس، ثم طلقت نفسها وقع
الطلاق. ولو قال لأجنبي: طلق امرأتي ثم نهاه، ثم طلق لم يقع.
والفرق أنه إذا قال لأجنبي: طلق فهذا توكيل، لأنه يتصرف لغيره بأمره، فكان
توكيلاً فيبطل بالنهي كالتوكيل بالبيع.
وليس كذلك المرأة لأنها تتصرف لنفسها فلا تكون وكيلة، لأنها يستحيل أن تكون
وكيلة فيما تتصرف لنفسها، فصار تمليكاً، والنهي بعد التمليك لا يصح.
والمعنى فيه أن هذا تمليك فيما إذا جرى لا يفسخ، فلم يكن لموجهه إبطاله، كما
لو زوج أمته ثم اعتقها، فقال قد أبطلت خيارك لم يصح، كذلك هذا، ولأن قوله طلقي
فيه معنى الشرط، ومعنى التمليك، فلما كان فيه معنى الشرط قلنا: لا يكون لموجهه
إبطاله، كما لو قال لامرأته: إن دخلت الدار فأنت طالق لم يكن له إبطاله، ولما فيه من
معنى التمليك قلنا: يقتصر على المجلس، فيكون فيه توفير حظه من الشبهين.
١٩٨- إذا كان الرجل مع امرأته على دابة في حمل واحد فسارت الدابة بطل
خيارها. وإذا تعاقد عقد الصرف وهما على دابة فسارت لم يبطل العقد.
والفرق أن سير الدابة مضاف إليهما، بدليل أنهما يقدران على إمساكها، ولو
وطفت الدابة رجلاً أو شيئاً كان الضمان عليهما، فقد وجد منهما ما يدل على الإعراض

فبطل الخيار.

وليس كذلك المتصارفان، لأن سيرهما يدل على الإعراض عن القبض. والإعراض عن القبض في الصرف لا يبطل العقد، ألا ترى أنه لو قال: لا أقبض أو اشتغل بعمل آخر لم يبطل خياره.

١٩٩ - إذا قال لامرأته: اختاري، فقالت: طلفت نفسي واحدة وقع الطلاق^(١).

ولو قال: طلقي نفسك، فقالت: اخترت نفسي - لا يقع شيء.

والفرق أن قولها: اخترت، لا يوجب إيقاع شيء، لأنه من فعل القلب، كقوله: أحبى أو ارتدي، إلا أن الدلالة قد قامت على أنها إذا قالت عقيب قوله: اختاري، فإنه يقع فهو مخصوص، والباقي باق على أصل القياس، ولأن قولها: طلفت أكد من قولها: اخترت، بدليل أن الطلاق يقع ويعمل من غير قرينة، والاختيار لا يعمل من غير قرينة، لأنه لو خيرها ولم يرد به الطلاق لا يقع، ولو طلقها ولم ينو الطلاق وقع، وكل واحد موجب للفرقة، فكان الأضعف في ضمن الأكيد، فكأنها قالت: طلفت نفسي، وزادت عليه فوقع الطلاق.

وإذا قال: طلقي نفسك فقالت: اخترت، فالأكيد لا يكون في ضمن الأضعف، فإذا جعل إليها الطلاق، فاخترت، فلم تفعل ما جعل الزوج إليها فلا يقع، كما لو قال: سلي الطلاق، فقالت: اخترت نفسي.

٢٠٠ - إذا قال لامرأته: فلانة طالق ثلاثاً، ثم قال: أشركت فلانة معها في الطلاق، طلفت الأخرى معها ثلاثاً، وكذلك لو ظاهر من امرأته، ثم قال: أشركت فلانة معها في الظهار كان مظاهراً منهما.

ولو آلى منها، ثم قال: أشركت فلانة معها لم يكن مولياً من الأخرى.

والفرق أنه لما قال: أنت طالق ثلاثاً وقع الثلاث، فقوله: أشركت فلانة، يقتضي إيجاب التساوي بينها وبين المطلقة، ولا يوجب تغيير موجب العقد الأول، فجازت المشاركة، وكذلك في الظهار.

وليس كذلك في الإيلاء، لأن صحة الإيلاء عند المشاركة بينهما تغيير موجب عقده، لأنه لو قال في الابتداء، والله لا أقرب فلانة وفلانة لم يحث إلا بوطنهما جميعاً،

(١) انظر البحر الرائق (٣/٣٣٩، ٣٤١) والميسوط (٦/٢١٢، ٢١٤) ونحفة الفقهاء (٢/١٩٢) والبدائع (٣/١٢٠).

ووقف قربان إحداهما على الأخرى وتغيير موجب العقد الأول لا يجوز، فلم يمكن اشتراكهما إياه فألغي قوله أشركت.

٢٠١ - إذا طلق امرأته ثلاثاً، ثم قال: أشركت فلانة معها في الطلاق، وقع على الأخرى الثلاث.

ولو قال لامرأته: بينكما ثلاث تطليقات - طلقت كل واحدة تطليقتين^(١). والفرق أنه أوقع على الأولى الثلاث، وأشرك الثانية معها، فظاهر الشركة يوجب التساوي، والمساواة أن تنقل نصف ما وجب للأولى إلى الثانية، ولا يقدر على نقل نصف ما وجب لها من الطلاق إلى الثانية، ويقدر أن يجعل لها من الخير مثل ما وجب للأولى، فوقع على الثانية ثلاث.

وليس كذلك إذا قال لامرأته: بينكما ثلاث تطليقات، لأنه لم يوقع على واحدة ثلاثاً وإما أشرك في الإيقاع، وظاهر الشركة يوجب التساوي فينقسم الثلاث بينهما، فيكون لكل واحدة طلقة ونصف، والطلاق لا يتبعض، فإذا وقع بعضه كمل.

٢٠٢ - إذا قال لامرأته: أنت طالق ثلاثاً وفلانة أو فلانة، فالأولى طالق، والخيار في الآخرين، ألا ترى أنه لو قال: أنت طالق ثلاثاً، وقد استقرضت من فلان ألف درهم أو فلانة - كان الطلاق واقعاً، وهو مخير في الألف، يقرّها لأحدهما ويحلف للآخر ما استقرض منه شيئاً.

ولو قال والله لا أكلم زيداً وعمراً أو حالداً فإنه يكون الخيار بين الأولين والآخرين. وحكي عن الفراء أنه كان يجعل مسألة الطلاق كمسألة الكلام.

والوجه له: أن الواو في الاسمين المختلفين تعمل عمل التثنية من الاسمين المتفقين، فيقول في مختلفي الاسم: لقيت زيداً وعمراً، وأعطيته درهماً وديناراً، وإذا اتفق الاسمان يثبت بقول لقيت الزيدتين وأعطيتهما درهمين والتثنية توجب الجمع كذلك الواو توجب الجمع، فصار كأنه قال: فلانة وفلانة طالقان أو فلانة - فيكون الخيار بين الأولين والآخرين كذلك هذا، دليله مسألة الكلام.

والفرق أن الإضمار محل الإظهار، وما لا يجوز إظهاره لا يجوز إضماره، ألا ترى أنه لا يقال جاءت ويراد به زيد، كما لا يصرح فيقال جاءت زيد، ولو أظهر وقال: أنت وفلانة طالق - كان خطأ ولا يجوز، فكذلك إذا أضرر ولم يقل: طالق طالق - وجب ألا

(١) انظر المبسوط (١٣٨/٦) وشرح فتح القدير (١٨/٤).

يجوز، وإذا لم يجز إضماره لم تدخل الثانية في حيز الأولى فانفرد كل واحد بحيز. فصار كما لو قال: أنت طالق وفلانة طالق أو فلانة، ولو قال هكذا أخرجت الأولى عن التخيير. والخيار بين الثانية والثالثة، كذلك هذا.

وليس كذلك مسألة الكلام، ولأنه لو أظهر ص إظهاره لأنه إذا قال: لا أكلم زيداً وعمراً صح، ولم يكن خطأ فإذا جاز إظهاره جاز إضماره، فصار جامعاً بينهما، فدخل الثاني في حيز الأول فخير بين الأولين والثالثة.

ولأن العطف على المطلقة يقتضي إفراد المعطوف بالطلاق أيضاً، بدليل أنه لو قال: زينب طالق وعمرة - وقعت على كل واحدة طلقة، فإذا قال: عمرة طالق وزينب - وجب إفراد زينب عن الأول، فكأنه قال: عمرة طالق وزينب طالق، ولو قال هكذا أخرج الأول عن التخيير، كذلك هذا.

وليس كذلك مسألة الكلام، لأن العطف على المنفي كلامه لا يقتضي إفراده بالنفي، لأنه لو قال: لا أكلم زيداً وعمراً، فكلم أحدهما لم يحنث في يمينه، ولم يكن كل واحد منهما مفرداً بالنفي، فإذا لم يقتض إفراد كل واحد منهما لحيز الأول دخل الثاني في حيز الأول، فكأنه قال: لا أكلمهما أو فلانة - فيكون الخيار بين الأولين والثالثة، كذلك هذا.

ولأن قوله هذا أو هذا، هذا الاسم لأحدهما، فصار كأنه قال: فلانة واحد هذين، فخرجت الأولى عن التخيير وبقي خيراً بين الأولين.

وفي مسألة الكلام: هذا أو هذا اسم لأحدهما، فكأنه قال: لا أكلم فلاناً أو أحد هذين - فلا يحنث بمكالمة أحدهما.

٢٠٣ - إذا قال لامرأته: أنت طالق من وثاق - لم يقع في القضاء شيء^(١).

ولو قال: أنت طالق من هذا العمل - وقع في القضاء، وفيما بينه وبين الله لا يقع. والفرق أن المرأة توصف بأنها طالق من وثاق، وإن لم يكن مستعملاً معتاداً، فإذا صرح به حمل عليه.

ولا يستعمل هذا اللفظ في الانطلاق من العمل حقيقة ولا مجازاً، فوقع في الحكم، ولكن فيما بينه وبين الله نوى محتملاً، إن كان بخلاف الظاهر - فصدق.

٢٠٤ - إذا كتب إلى امرأته كتاباً على وجه الرسالة، وكتب فيه: إذا وصل إليك كتابي هذا فأنت طالق، ثم محا ذلك الطلاق منه، أو نفذ الكتاب وسطره باق - وقع

(١) انظر البسوط (٨٢/٦) وبدائع الصنائع (١٠١/٣).

الطلاق.

وإن مما جميع ما في الكتاب حتى لم يبق منه كلام يكون رسالة - لم يقع الطلاق وإن وصل.

والفرق أن الشرط في إيقاع الطلاق وصول الكتاب وقد وصل ما سيكتاباً فوقه. وليس كذلك إذا مما الجميع، لأن الشرط وصول الكتاب وما بقي لا يسمى كتاباً، فلم يوجد شرط وقوعه - فلم يقع.

٢٠٥ - إذا قال لزوجته: إن دخلت الدار فأنت بائن، ثم أبانها، فدخلت الدار - وقعت البينة في قول علمائنا الثلاثة.

وإذا قال: إذا جاء غد فاختاري، ثم أبانها، فاختارت في الغد - لم يقع شيء. والفرق أن المعتبر في باب الخيار اختياريها لا تخيره، والوقوف باختيارها لا بتخييره، والدليل عليه: لو شهد شاهدان بالتخير وشاهدان بالاختيار، ثم رجعوا ضمن شهود التخير، وإذا كان الوقوع بالاختيار، والاختيار وجه بعد البينة، صار كأنه أبانها في تلك الحالة - فلا يقع شيء.

وليس كذلك قوله: أنت بائن، لأنه عند وجود الشرط تقع البينة باللفظ السابق، والدليل عليه لو شهد شاهدان باليمين، وشاهدان بالدخول، ثم رجعوا - فالضمان على شهود اليمين، وإذا كان الوقوع باليمين، واليمين وجد قبل البينة، صار كأنه أوقع البينة في تلك الحالة، ولو قال ذلك وقع، كذلك هذا.

٢٠٦ - إذا قال لامرأته وهي أمة: أنت طالق للسنة، ثم اشتراها وجاء وقت السنة - وقع عليها الطلاق.

(والفرق أنها لما اشتراها لم تنجب العدة عليها فقد وجد شرط وقوع الطلاق) وهي غير معتدة فلا يقع.

وليس كذلك العبد إذا قال لامرأته وهي حرة، لأنه لما أبانها وجبت العدة، فقد وجد شرط وقوع الطلاق وهي في العدة، فصار كأنه أوقعها في تلك الحالة فوقه.

وزان المسألة الأولى من هذه المسألة إذا اشترى امرأته فأعتقها، ثم جاء وقت السنة - وقع عليها الطلاق، لأنها معتدة.

٢٠٧ - إذا قال لامرأته: أمرك بيدك، وقام الرجل لم يبطل خيارها.

ولو قال: بعث منك هذا العبد، ثم قام البائع - يبطل خيار المشتري.

والفرق أن قيامه بدل على إعراضه، فإذا لم يبطل خيارها بإبطاله بأن يقول: أبطلت

خيارك لم يبطل بإعراضه.

وليس كذلك البائع لأن قيامه يدل على إعراضه، ولو قال: أبطلت إيجابى يبطل. فإذا قال: أعرضت أيضًا جاز أن يبطل.

والمعنى فيه أن هذا تمليك جرى في إيقاع فرقة إذا وقعت لا يفسخ، لأن الطلاق لا يقبل الفسخ فلم يكن لموجهه إبطاله، كما لو أعتق أمته، وهي تحت زوج فأراد أن يبطل خيارها - لم يكن له ذلك.

وفي البيع جرى تمليك فيما إذا وقع يفسخ - فجاز أن يقدر على إبطاله.

٢٠٨ - المرأة إذا كانت قائمة فخيرت، فقعدت - لم يبطل خيارها.

ولو كانت قاعدة فخيرت، فقامت - بطل.

والفرق أن القيام يدل على الإعراض عما جعل إليها، لأن القاعدة مجتمعة الرأي، وإذا لم تختَر في حال اجتماع الرأي علم أنها لا تختار في حال التفريق، فصارت معرضة عما جعل إليها، فبطل خيارها.

وإذا كانت قائمة فقعدت فإنها تقعد ليجتمع رأيها وفكرها، فلا يدل ذلك على الإعراض، وإذا لم تفعل ما يدل على الإعراض سلم يبطل خيارها.

٢٠٩ - إذا قال لامرأته: إحداكما طالق، فماتت إحداهما تعين الطلاق في الأخرى.

ولو قال: بعت منك هذين العبدین على أنك بالخيار تأخذ أيهما شئت، فقال:

اشتريت، وقبضهما، ثم مات أحدهما تعين البيع في الميت.

والفرق موت أحدهما يوجب تعيينه قبل الموت، وحدث العيب فيه يوجب بطلان

خياره في الرد، فصار كقوله اخترت هذا.

وليس كذلك الطلاق، لأن حدوث العيب بها لا يوجب الطلاق، فبقي خياره ثابتاً

في الأخرى، فانصرف الطلاق إليها، لأن الطلاق لا يقع على الميت ابتداءً، فلا يصرف

إليها - فتعين في الباقية.

٢١٠ - إذا خالع امرأته على ما في بطن غنمها هذه، أو جاريتها هذه، أو ما في

ضروعها من اللبن، فإن كان هناك شيء - فهو له، وإن لم يكن ردت عليه ما استحقت

بعقد النكاح. وفي النكاح، لو تزوجها على ما في بطن غنمها فكان هناك شيء - سلم يكن

لها ذلك.

والفرق أن الخلع رفع العقد، وفي رفع العقد سوغ فيه ما لم يسامح في نفس العقد،

ألا ترى أن الإقالة تصح بغير ذكر العوض، وإن كان العقد لا يجوز إلا بعوض مذكور،

فكذلك يجوز أن يصح الفسخ ببدل مجهول، وإن كان لا يصح ابتداء العقد ببدل مجهول فانترقا.

٢١١- إذا قال لامرأته: إذا دخلت الدار فأنت عليّ كظهر أمي ثم طلقها فبانت منه، ثم دخلت الدار وهي في العدة-لم يقع عليهاظهار^(١).

ولو قال: إن دخلت الدار فأنت طالق أو بائن، ثم دخلت الدار في العدة - وقع. والفرق أن الظهار يوجب التحريم الذي يرتفع بالكفارة، والبينونة توجب تحريماً لا يرتفع بالكفارة، فلم يدخل أضعف التحريمين على أقوامهما، وهذا المعنى موجود في الظهار المبتدأ والمعلق بالشرط فلم يجز.

وأما قوله: أنت بائن يقتضي إيقاع بينونة فإذا قال: أنت بائن في حال النكاح، فقد نوى الإبانة وليست بموجودة، فعملت نيته، وصحت يمينه فإذا دخلت الدار بعد ذلك القول فصحت - وقع.

وأما إذا ابتدأ البينونة، فقد نوى البينونة وهي موجودة، فلم تعمل نيته، فنبقى كناية بلا نية فلا يقع به شيء.

٢١٢- إذا قال لامرأته: طلقي نفسك طليقة بائنة، فقالت: طلقت نفسي طليقة رجعية وقع بائناً.

ولو قال: طلقي نفسك رجعية، فقالت: طلقت بائنة - وقعت رجعية. والفرق أن قوله: طلقي نفسك بائنة يقتضي إيقاع البائن، والطلاق لا يكون إلا رجعيًا، فإذا قالت: طلقت رجعية لغا قولها رجعية وبطل، فصار كأنها لم تقل، ولو لم تقل وقع بائناً.

وليس كذلك إذا قال: طلقي نفسك رجعية، لأنه أمرها أن توقع رجعيًا، والرجعي أن يقول: أنت طالق، فإذا قالت: طلقت، فقد فعلت ما أمرها به وزيادة، فتلقى الزيادة، وصار كأنها قالت: طلقت فقط وقعت رجعية، كذلك هذا.

٢١٣- إذا اشترى أباه نأويًا عن كفارة يمينه جاز.

ولو ورثه ونوى عتقه عن كفارة يمينه - لم يجز.

والفرق أن الله تعالى قال: ﴿فَتَخْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ [المجادلة: ٣] أمر بالتحريض، والتحريض

(١) انظر البحر الرائق (٣/٣٣٣) (٤/٣٧) وحاشية ابن عابدين (٣/٤٧٢) والمبسوط (٦/٨٢، ٨٣) وشرح فتح القدير (٤/١٣٤) والبدائع (٣/٢٣٢).

فعل يشترط في وقوع العتق وقوع فعل من جهته، وقد وجد في الشراء فعله مقارناً لنية الكفارة فجاز.

وفي الميراث لم يوجد فعل من جهته مقارناً للكفارة، ألا ترى أنه لا يرد بالرد، ويدخل في ملكه شاء أو أبى، فلم يجز عن الكفارة.

٢١٤- إذا آلى من معتدة منه بائة لم يكن مولياً.

ولو آلى من امرأته في حال النكاح، ثم طلقها، ثم مضت مدة الإيلاء، وهي في العدة بانته منه.

والفرق أن الإيلاء يوجب البينة عند انقضاء العدة، فصار كقوله: أنت بائن، ولو قال ذلك وهي معتدة من طلاق بائن لم يقع، ولو قال: إن دخلت الدار فأنت بائن، في حال النكاح، ثم أبانها، ثم دخلت في العدة لم يقع كذلك هذا، وإن شئت قلت: إنها بائنة، والإيلاء يوجب بينونة، والبائة لا تبان، فلا يصح قصده إلى إيقاع البينة.

وأما إذا قال قبل ذلك فعند مضي المدة يقع الطلاق عليها بمعنى لا يرجع فيه إلى نية الزوج، فصار كصريح الطلاق، وصريح الطلاق يلحقها ما دامت في العدة، كذلك هذا.

٢١٥- إذا آلى من امرأته وهي أمة، ثم عتقت قبل انقضاء الشهرين لم تطلق حتى تكمل أربعة أشهر من حين الإيلاء، وتنتقل مدة إيلائه إلى مدة الحرائر.

ولو طلقها زوجها في الشهرين تطليقة بائنة، ثم أعتقت فيها كانت عدتها للطلاق عدة أمة.

والفرق: أن الإيلاء معنى لا يوجب زوال الملك، فبقي ملكه، ويمكنه إسقاط مدة الإيلاء بأن يقرها، فجاز أن يقبل الزيادة.

وليس كذلك مدة العدة، لأن الطلاق البائن يوجب زوال ملكه، ولا يمكنه إسقاط العدة بنفسه، فلا يقدر على تغييرها والزيادة فيها بالعتق كما لو أعتقها بعد انقضاء العدة.

٢١٦- إذا آلى من امرأته فارتدت، ولحقت بدار الحرب فسييت، فأسلمت

فتزوجها فهو مول منها، إن مضى شهران من يوم تزوجها بانته بالإيلاء.

ولو قال لأمتة: إن دخلت هذه الدار فأنت حرة، فارتدت ولحقت بدار الحرب،

فسييت فاشتراها، ثم دخلت الدار فإنها لا تعتق.

والفرق أن السبي جريان التملك في رقبتها، وجريان التملك في رقبة المنكوحة لا

يوجب زوال ملك الزوج، ألا ترى أنه لو تزوج أمة غيره فباعها المولى لا يبطل النكاح،

فبقي الملك، وإذا بقي الملك بقي العقد الذي انعقد في ذلك الملك.
وأما في الأمة فالسبي جريان التملك، وجريان التملك في الأمة بوجوب زوال ملك
المولى عنها، وهذا رق آخر غير الأول، فلم يبق الرق الذي انعقد فيه العقد الأول. فلم يبق
العقد، فصار كما لو لم يبق ذلك العين، ولو لم يبق ذلك العين لا يبقى العقد، كذلك هذا.
٢١٧- إذا قال لرجل: طلق امرأتي بألف درهم، فلم يفعل الوكيل حتى طلقها
الزوج تطليقة بألف درهم وقبلت ذلك، أو طلقها تطليقة بائنة، ثم طلقها الوكيل وهي في
العدة تطليقة بألف درهم كما أمره الزوج وقبلت - لم يقع عليها تطليقة أخرى^(١).
ولو أن الزوج طلق امرأته تطليقة بائنة، ثم قال لرجل طلق امرأتي بألف درهم ففعل
ذلك الركيل، والمرأة في العدة، وقبلت المرأة وقعت على المرأة تطليقة بغير شيء.
والفرق أن الزوج في المسألة الأولى أمر بإيقاعه طلاقاً يجب به البذل، فإذا طلق
الزوج طلاقاً بائناً، ثم طلق الوكيل لم يجب به البذل، فقد فعل غير ما أمر به فلم يجز.
كما لو قال: طلقها بألف، فطلقها بجائناً لم يقع شيء، كذلك هذا.
وفي المسألة الأخيرة لما طلقها تطليقة بائنة لم يجز إيقاع طلاق ببدل بعد ذلك،
فإذا لم يجز وجوب البذل انصرف إلى ذكره في العقد، فصار كأنه قال: أذكر ذلك في
العقد، وقد ذكر فقد فعل ما أمر به فوقع.
٢١٨- ولو لم يطلقها الوكيل حتى تزوجها الزوج وهي في العدة، فطلقها الوكيل
بألف درهم كما أمره الزوج فقبلت فهي طالق تطليقة بائنة، والألف عليها للرجل.
وبمثلها لو لم يتزوجها حتى انقضت عدتها، ثم تزوجها، فطلقها الوكيل بألف درهم
بعد ذلك، فقبلت لم يقع عليها طلاق.
والفرق أن الزوج أمره بالإيقاع فانصرف إلى ما يملكه الزوج، والزوج يملكها ما
دامت في العدة، وفي ذلك الملك، فإذا تزوجها وهي في العدة بقي ذلك الملك، فبقي
الوكيل على الوكالة، فإذا أوقع وقع.
وإذا انقضت العدة فقد زال ذلك الملك، فخرج الوكيل عن الوكالة، فإذا طلق فقد
أوقع بعد خروجه عن الوكالة - فلا يقع.
٢١٩- ولو قال لامرأته وهي مضطجعة: أنت طالق في قيامك وقعودك - لم تطلق

(١) انظر النكت للسرخسي (ص ٢٥) وشرح النكت لأبي نصر (ص ٣٧).

ولو قال: أنت طالق في ليلك ونهارك، وقاله ليلاً - طلقت حين قال هذا القول تطليقة واحدة ولا تطلق غيرها.

والفرق أنه أدخل حرف الظرف على الفعل، والفعل لا يصلح أن يكون ظرفاً نصار شرطاً، فكأنه قال: أنت طالق إن قمت وقعدت، فما لم يوجد الفعلان لا يقع، فلو أوقعناه بأولهما لم يوقعه بهما جميعاً، وهو قد علق بهما جميعاً وهذا لا يجوز.

وليس كذلك في ليلك، لأن الوقت يصلح أن يكون ظرفاً للطلاق فلم يكن شرطاً، فقد أوقع الطلاق في وقتين، فلو أوقعناه في أولهما كما قد أوقعناه فيهما جميعاً فجاز أن يتعلق بأولهما، والمعنى فيه أنه عطف وقتاً على وقت، نصار كالوقت الممتد، فكأنه قال: أنت طالق يوماً وليلة أو شهراً فوقع في أولهما.

٢٢٠ - إذا قال لامرأته وهي مضطجعة: أنت طالق في قيامك وفي قعودك، أو قال: في قعودك وفي قيامك، فإن قعدت طلقت، وإن قامت ولم تقعد طلقت، ولا يقع إلا طلاقة واحدة، والمعنى فيه أن كلمة في لا تصلح أن تكون ظرفاً، فنصار شرطاً، فكأنه قال: أنت طالق إن قمت وإن قعدت - فأيهما وجد وقع.

ولو قال: أنت طالق في ليلك وفي نهارك، فقال ذلك ليلاً أو نهاراً - فهي طالق تطليقتين، واحدة حين تكلم بذلك، إن كان قاله ليلاً أو نهاراً، وتطلق الأخرى حين يجيء الوقت الآخر.

والفرق أن في مسألة الوقتين لو جعلناه طلاقاً واحداً لجعلناه طلاقاً معلقاً بأحد الوقتين، والطلاق إذا علق بأحد الوقتين تعلق بأحدهما، فيؤدي إلى أن يحل الوقت الأول من أن يكون موصوفة بالطلاق عند ذلك، بدليل الفعل، فلا بد من إيقاع طلاقين.

وفي الفعلين لو جعلناه طلاقاً واحداً لجعلناه طلاقاً معلقاً بأحد الفعلين، فيتعلق بأولهما، فلا يؤدي إلى أن يجعل الفعل الثاني من أن تكون هي موصوفة بالطلاق عند ذلك بذلك القول - فأوقعنا واحداً.

ونرى آخر أن الوقت الثاني يستحيل أن يسبق الأول، فلو جعلناه طلاقاً واحداً لم يجعلها مطلقة بكل واحد من الوقتين، فوقع تطليقتان.

وفي الفعلين يقول يجوز أن يتقدم كل واحد منهما صاحبه، وأيهما سبق تعلق

(١) انظر البحر (٢٦٢/٣) والبدائع (٢٥/٣).



الطلاق به، وقد أوقع الطلاق بكل واحد من الفعلين، فلو جعلناه طلاقاً واحداً لجعلنا الطلاق معلقاً بكل واحد من الفعلين، فجاز أن يجعل طلاقاً واحداً. فإن قيل: لو قال: أنت طالق إذا جاء غد، وإذا جاء بعد غد - فإنه يكون طلاقاً واحداً، ومع ذلك يستحيل أن يسبق الوقت الثاني الوقت الأول، ومع ذلك يكون طلاقاً واحداً معلقاً بالفعلين.

فالجواب أن يقال: حروف الشرط إذا دخل عليها ما هو كائن لا محالة جعله شرطاً، وجعله بمنزلة الفعل، ألا ترى أنه لو قال لامرأته: أنت طالق قبل موتي بشهر وقع الطلاق قبله بشهر عند أبي حنيفة، ولو قال: إذا مت فأنت طالق قبله بشهر - لا يقع الطلاق، كذلك هذا.

٢٢١ - ولو أن رجلاً قال لامرأته: إن لم أجامعك في حيضك حتى تطهري فأنت طالق، فقال لها ذلك وهي في حيضتها ثم قال بعدما طهرت منه: كنت قد جامعتها، وهي في حيضها - فالقول قوله مع يمينه. ولو قال: أنت طالق للسنة، ثم قال - بعدما طهرت من الحيض -: كنت قد جامعتها في حيضها لم يصدق.

والفرق أن قوله: إن لم أجامعك في حيضك حتى تطهري شرط، وقوله: فأنت طالق جزء - فكان يميناً، والدليل عليه أنه لو حلف ألا يحلف بطلاق امرأته، ثم قال هذا القول - فإنه يحنث، فدل على أنه يمين، وهو بقوله: كنت جامعتها في حال الحيض، ينكر وجود شرط الحنث فصارت تدعي عليه وجود شرط الحنث، وهو يجحد - فالقول قوله. وليس كذلك قوله: أنت طالق للسنة، لأن ذلك توقيت للطلاق بوقت، وليس بيمين، بدليل أنه لو حلف ألا يحلف بطلاق امرأته، ثم قال هذا القول فإنه لا يحنث، وإن كان توقيئاً، وظاهر وجود الطهر يوجب وقوع الطلاق للسنة، فصار بقوله: كنت جامعتها في حال الحيض يدعي بطلان طلاق أوقع في الظاهر - فلا يصدق.

وفرق آخر أن في المسألة الأولى عاقب نفسه على ترك الجماع، فكان مثبئاً له، فإذا ادعى الجماع فقد ادعى ما يضاد عقده، وادعى موجه فقبل قوله.

وفي المسألة الثانية أوقع الطلاق للسنة وطلاق السنة لا يقع مع وجود الجماع، فصار نافيئاً له، وإذا ادعى الجماع فقد ادعى ما يضاد عقده، وخلاف موجب عقده فلم يصدق.

وإن شئت عبرت بعبارة تقرب من معنى الأول، وهو أن ههنا وقع الطلاق لوجود

شرط الحنث، ولم يظهر وجود شرط الحنث وهو عدم الجماع، فصار يدعي والظاهر معه - فكان القول قوله.

وليس كذلك في المسألة الأخرى، لأنه ظهر لنا وجوب وقوع الطلاق عيها وهو وجود الطهر، فصار يدعي خلاف الظاهر - فلا يصدق.

٢٢٢- ولو أن رجلاً قال لامرأته: والله لا أقربك أربعة أشهر، فمضت أربعة أشهر، فقال: قد قربتها - لم يقع الطلاق إذا صدقته، ولو أنكرته وقالت: لم يقرب وقع الطلاق، والقول قولها، وبانت بالإبراء.

ولو قال: إن لم أقربك في هذه الأربعة الأشهر فأنت طالق، فمضت أربعة أشهر، فقال: قد قربتها، وأنكرته المرأة - لم يقع الطلاق.

والفرق ما بينا من الوجه الآخر، والوسط من الأوجه الثلاثة في المسألة الأولى.

٢٢٣- إذا قال لامرأته وهي حائض: إذا طهرت فعبدي حر، فقالت بعد خمسة أيام: قد طهرت، وكذبها بذلك - فالقول قول الزوج ولا يعتق، وإن صدقها الزوج قضى القاضي بعق العبد، ولا ينتظر ستة أيام، وإن كان يجوز أن يعاودها الدم فيكون الدم السادس حيضاً.

ولو قال: إذا حضت فعبدي حر، فقالت: حضت، وصدقها الزوج - فإن القاضي يوقف العبد ولا يعتقه ما لم تم ثلاثة أيام.

والفرق أن قليل الطهر طهر، بدليل أنها لو طهرت يوماً ثم ماتت حكم بأن ذلك اليوم طهر، فإذا طهرت يوماً فقد حصل الاسم، ويجوز أن يعرض ما يطله، فوقع العتق ولا يطل بالجائز.

وليس كذلك الحيض، لأن قليل الحيض لا يكون حيضاً بدليل أنها لو حاضت يوماً ثم ماتت فإنه لا يجعل ذلك اليوم حيضاً فبرؤية الدم لم يحصل الاسم، ويحصل باستمرار الدم ثلاثة أيام ويجوز أن يحصل الاسم، ويجوز ألا يحصل الاسم - فلا يقع العتق بالشك والاحتمال.

وإن شئت عبرت بعبارة أخرى فقلت بأن الطهر هو انقطاع الدم، وما بعد ذلك استدامة عليه، فإذا وجد الانقطاع، فقد وجد شرط الحنث فحنث، وإن كان يحتاج في مضيه شهراً تاماً إلى استدامته، كما لو حلف ألا يصوم، فأصبح بنية الصوم وأمسك حنث لهذا المعنى، كذلك هذا.

وليس كذلك الحيض، لأن الحيض معنى ممتد فما لم يوجد جميعه لا يحصل الاسم،

فلا يحنث، كما لو قال: إن صليت فعبدي حر، فما لم يصل ركعة ويعقدها بسجدة لا يحنث.

ووجه آخر وهو أن الطهر أصل الخلقة، فقد اقترن بقولها ما يوجب تصديقها فصدمت، كما لو قال: كل جارية لي حرة إلا الأبيكار منهن، ثم قال: هن أبيكار، فالقول قوله.

وأما الحيض فليس هو أصل الخلقة، وإنما هو معنى طارئ، فلم يقترن بذلك القول ما يوجب تصديقه وثبوته - فلا يثبت.

٢٢٤- إذا قال لامرأته: أنت طالق غداً، أو إن شئت فجاء غد قبل أن تشاء وقع الطلاق، وإن شئت الساعة وقع الطلاق^(١).

ولو قال: أنت طالق غداً أو إن جاء زيد، فإن جاء غد قبل أن يجيء زيد لم يقع الطلاق.

والفرق وهو أنه التزم وقوع الطلاق بوجود أحد الشرطين، إما بمشيئتها أو بمجيء الغد، وحين قامت من مجلسها بطل خيارها، فلو لم توقعه في الغد لأبطلت ما التزمه، وهذا لا يجوز.

وفي قوله: أنت طالق غداً أو إن جاء فلان، التزم الطلاق بأحدهما، ولا يبطل الشرط بمفارقة المجلس، وإذا لم يبطل أحدهما لم يتعين في الآخر، لأنه لا يؤدي إلى إبطال ما التزمه.

ووجه آخر أن قوله إن شئت ليس بشرط، بدليل أنه لو حلف ألا يحلف بطلاق امرأته، فقال لها: أنت طالق إن شئت لم يقع الطلاق، وإنما هو تمليك، بدليل أنه يبطل بمفارقة المجلس، فصار كقوله: أنت طالق غداً أو أمرك بيدك، فلما قامت من مجلسها لم يصر الأمر بيدها ووقع الطلاق مؤقناً بالغد.

وفي قوله: إن جاء فلان، شرط وليس بتمليك فقد وقت الطلاق بوقت وعلقه بشرط قبله، فبطل التوقيت وتعلق بالشرط، كما لو قال: أنت طالق اليوم إن دخلت الدار - تعلق بالدخول، كذلك هذا.

٢٢٥- إذا قال لامرأته: إحداكما طالق ثلاثاً، في صحته ثم مرض مرض موته، فقال: عنيت هذه - لم يصدق وورثته.

(١) انظر البحر (٢٨٧/٣، ٢٨٨) والهداية شرح البداية (٢٣٤/١) والمبسوط (٢٠٥/٦).

ولو قال لعبيده: أحذكما حر، ثم قال: عتيت هذا، لأكثرهما قيمة في مرض موته - صدق.

والفرق أن ذلك القول لم يوجب انقطاع إرث إحداهما، لأنه لو مات ولم يكن كان الميراث بينهما، فهو بالبيان صار قاصداً قطع حق إحدى الورثة، ونافعاً للأخرى فلحقته التهمة فلا ينقطع، كما لو طلق إحداهما ابتداء.

وليس كذلك العتق، لأنه بالبيان لم يصير قاصداً قطع حق أحد الورثة، واستحقاقه الآخر، لأن العبد غير وارث، وإذا لم يصير قاصداً قطع حق أحد الورثة لم تلحقه التهمة فيه فصح بيانه.

٢٢٦- إذا قال: المرأة التي أتزوجها طالق ثلاثاً، فتزوج امرأة طلقت ثلاثاً، ولو قال: هذه المرأة التي أتزوجها طالق ثلاثاً، وأشار إليها، ثم تزوجها - لم تطلق. والفرق أن في المسألة الأولى عرفها بالنكاح، وأوقع الطلاق عليها، والتعريف لا يقع إلا بالنكاح، فصار التزويج شرطاً والطلاق مضاف إلى الملك، فإذا وجد وقع. وليس كذلك هذه المسألة، لأنه عرفها بالإشارة فلم يكن التزويج تعريفاً وشرطاً، فصار موقعاً للطلاق في الحال، ولا يملكها فلا يقع.

وجه آخر أن قوله: هذه إشارة، وقوله: التي أتزوجها صفة فقد وصف إشارة، والإشارة أولى من الصفة، بدليل أنه لو قال: هذه المرأة الحسناء (طالق)، وأشار إلى قبيحة - وقع الطلاق على القبيحة دون الحسناء فصار كما لو قال: هذه طالق وهي أجنبية - فلا يقع.

وليس كذلك قوله: المرأة التي أتزوج، لأنه وصفها، ولم يشر إليها، فتعلق الطلاق بالوصف، والوصف غير موجود في الحال، فصار موجباً الطلاق عند وجود الصفة، فإذا وجدت تلك الصفة وقع، كما لو قال: المرأة الحسناء طالق لم يقع (على القبيحة) كذلك هذا.

٢٢٧- لو قال: إن تزوجت نساء أبداً فهي طالق، فتزوج امرأة لم يحث حتى يتزوج ثلاثاً.

ولو قال: إن تزوجت النساء أبداً فهي طالق، فتزوج امرأة طلقت. والفرق أن قوله نساء جمع منكر، وأقل ما يدخل تحت اسم الجمع المنكر ثلاث، فيقال امرأة وامرأتين ونساء، فإذا تزوج واحدة أو اثنتين لم يدخل في الاسم فلا يقع. وإذا قال: النساء فقد أدخل الألف واللام على الجمع، فلا يخلو إما أن يكون

للتعريف أو للمعبود أو للجنس، ولا يجوز أن يكون للتعريف أو للمعبود، لأنه ليس ههنا معبود ينصرف إليه، فبقي أن يكون للجنس، ولا يخلو إما أن يكون لاستغراق الجنس أو لواحدة من آحاده، ولا يجوز أن يقال المراد به استغراق الجنس لأنه يمنع لزوم حكم يمينه إذ لا يتأتى ذلك منه، فيجب أن يحمل على ما يتأتى منه ليصح المنع بعقده عن ذلك الفعل، يحمل على أقل ما يدخل تحت الاسم، كما لو قال: لا أشرب الماء فشرب شربة حنت، كذلك هذا، والدليل على أن اسم الجمع يذكر ويراد به الواحد من الجنس قوله تعالى: ﴿الَّذِينَ قَالَ لَهُمُ النَّاسُ إِنَّ النَّاسَ قَدْ جَمَعُوا لَكُمْ﴾ [آل عمران: ١٧٣] والمراد به واحد وهو نعيم بن مسعود فإنه قال للنبي ﷺ: إن الناس قد جمعوا لكم^(١).

٢٢٨- إذا قال لامرأة لا يملكها: إن نكحتك فعبدي حر، فتزوجها حنت.

ولو قال لامرأة يملكها: إن نكحتك فعبدي حر، فأبانها، ثم تزوجها لم يحنت، وإن وطئها حنت.

والفرق أن النكاح يطلق ويراد به العقد، ويطلق ويراد به الوطاء، فإذا أطلق وجب أن ينصرف إلى الممكن المتأني فيه، والدليل عليه لو قال: لا أكل من هذه الشجرة، انصرف إلى ما يحتاج منها من الثمرة، وكذلك لو قال: لا أطأ هذا البساط، انصرف إلى الوطاء بالرجل، لأنه المتأني فيه، كذلك هذا، وكذلك لو قال لمنكوحة نكاحًا فاسدًا: إن طلقتك فإنه ينصرف إلى التلفظ به، إذ هو المتأني فيها دون الإيقاع والممكن المتأني في الأجنبية العقد، فانصرف إليه، فصار كأنه قال: إن عقدت عليك وتزوجتك، فإذا تزوجها حنت، وإذا وطئها لم يحنت.

والممكن المتأني في الزوجة الوطاء، إذ المنكوحة لا تنكح ثانيًا، فصار كأنه صرح به وقال: إن وطئت، فإذا تزوجها لم يحنت.

وفرق آخر أنه قصد يمينه منع نفسه عن ذلك الفعل، فوجب أن يحمل على ما لا يكون ممنوعًا منه بالشرع، حتى يقع المنع بعقده عن ذلك الفعل، ولو صرفنا إلى ما يكون ممنوعًا بالشرع لم يقع المنع بعقده عن ذلك الفعل، وهو ممنوع بالشرع عن العقد على امرأته، فانصرف يمينه إلى الوطاء.

وفي الأجنبية ممنوع بالشرع من الوطاء، فانصرف إلى العقد، فكأنه صرح وقال: لا أعقد، فإذا وطئ لم يحنت، وإذا عقد حنت، كذلك هذا.

(١) رواه البخاري وعبد الرزاق في المصنف (٣٦٦/٥).

٢٢٩- إذا قال: إن دخل داري هذه أحد فعبدني حر، أو امرأته طالق، فدخلها هو ولا نية له - لم يحنث.

ولو قال: إن دخل دارك هذه أحد فعبدني حر، أو امرأته طالق، فدخلها الخالف حنث.

والفرق أن المنفي دخول منكراً، لأن قوله: أحد نكرة وهو قد عرف نفسه بإضافة الدار إليه، والمعرفة لا تدخل تحت النكرة، لأن في التعريف معنى زائداً على النكرة، وهو اختصاصه به، والنكرة لا يختص به أحد، ولأن الألف واللام تدخل في المعرفة، ولا تدخل في النكرة، فلم يجوز أن يكون الأكثر داخلاً في الأقل، وإذا استحال أن يدخل تحتها انصرف النهي إلى غيره - فلا يحنث بدخوله.

وليس كذلك قوله: إن دخل دارك، لأنه عرف صاحب الدار بإضافة الدار إليه، ولم يعرف نفسه فبقي هو منكراً، وقد بقي دخول المنكر وهو داخل في النكرة، فإذا دخل وجد شرط حنثه - فحنث في يمينه.

٢٣٠- إذا قال له رجل: تغد عندي اليوم، فقال: إن تغديت فعبدته حر، أو امرأته طالق، فانصرف إلى بيته، وتغدى - لم يحنث.

ولو قال: إن تغديت اليوم فعبدته حر، فتغدى في بيته - حنث.

والفرق أن المضيف عين غداء ودعا إليه، فانصرف إلى ذلك الغداء، فصار كأنه قال: لا أتغدى هذا الغداء، الدليل عليه لو هم يضرب عبده فقال واحد: هبني ضربه، فقال: إن وهبت فعبدني حر، انصرف إلى ذلك الضرب بعينه، ولا يحنث بغيره، كذلك هذا.

وليس كذلك إذا قال: إن تغديت اليوم، لأنه زاد على مقدار الجواب فصار عادلاً عنه، لأنه يمكنه أن يجيب بأوجز منه وهو ألا يذكر اليوم، فصار مبتدأً يعني، فلم يكن الأول جواباً له، ولو ابتداءً فقال: إن تغديت اليوم فعبدته حر، فتغدى في بيته - حنث، كذلك هذا.

٢٣١- إذا قال: كل امرأة يتزوجها فهي طالق إن كلمت فلاناً، فتزوج امرأة ثم كلم فلاناً، ثم تزوج أخرى طلقت التي تزوجها قبل الكلام، ولا تطلق التي تزوجها بعده.

ولو قال: إن كلمت فلاناً فكل امرأة يتزوجها طالق، فتزوج امرأة، ثم كلم فلاناً، ثم تزوج أخرى - فإن الأخيرة تطلق، ولا تطلق الأولى.

والفرق أن قوله: كل امرأة يتزوجها - شرط، وقوله: فهي طالق إن كلمت فلاناً - يمين فقد شرط وأجاب عنه بيمين، فعند وجود الشرط لزمه قوله: هي طالق إن

كلمت فلائاً، فإذا كلمه حنث وانحلت اليمين، فإذا انحل فما تزوج بعد ذلك الكلام فلا يمين عليه فلا يحنث.

وليس كذلك قوله: إن كلمت فلائاً فكل امرأة أتزوجها طالق، لأن قوله: إن كلمت فلائاً شرطاً، وقوله: فكل امرأة يتزوجها يمين، فقد شرط شرطاً أجاب عنه يمين، فعند وجود المكاملة لزمه قوله: كل امرأة يتزوجها فهي طالق، ولو تزوج امرأة ثم قال: كل امرأة يتزوجها طالق - وقع الطلاق على من تزوج بعد اليمين، ولا يقع على من تزوج قبله، كذلك ههنا يقع على من تزوج بعد الكلام، ولا يقع على من تزوج قبله، والمعنى فيه أنه علق وجوب اليمين بالشرط، فما لم يوجد الشرط لا يلزمه، كما لو علق جواباً بالشرط فما لم يوجد الشرط لا يلزمه الجواب، كذلك هذا، وإذا لم يلزمه لم تطلق ما تزوج قبل الكلام.

٢٣٢ - ولو قال: عبده حر إن حلف يمين أبداً، فقال لامرأته: إن تكلمت أو قمت فأنت طالق - حنث في يمينه الأولى، وعتق عبده.
ولو قال أنت طالق إن شئت - لم يعتق.

والفرق أن قوله: إن تكلمت فأنت طالق، شرط وجزاء، فصار يميناً، والدليل عليه أنه لا يختص بالمجلس، ولا يمكنه أن يعبر بعبارة أخرى من غير إدخال حرف الشرط فكان يميناً.

وليس كذلك قوله: إن شئت، لأن هذا تمليك وليس بتعليق طلاق بالشرط فكان يميناً، والدليل عليه أنه يختص بالمجلس، ويمكنه أن يعبر عنه بعبارة أخرى من غير إدخال حرف الشرط بأن يقول: أمرك بيدك، وإذا لم يكن تعليقاً لم يكن يميناً، ولهذا قلنا: إنه لو قال: إذا حضت وطهرت فأنت طالق فإنه لا يعتق عبده، لأن هذا تفسير طلاق السنة، ويمكنه أن يعبر عنه من غير إدخال حرف الشرط، وهو أن يقول: أنت طالق للسنة، فلم يكن حالفاً، وكذلك لو قال: أنت طالق غداً - فلا يحنث، لأنه لم يوجد الشرط والجزاء، ولو قال: أنت طالق إذا جاء غد - فإنه يحنث، لأنه أتى بالشرط والجزاء، فصار تعليقاً لا توقيئاً، والدليل عليه أنه لو قال: أجرتك هذه الدار غداً - جاز، ولو قال: إذا جاء غد فقد أجرتك هذه الدار - لم يجز لهذا المعنى.

فإن قيل: إذا قال: إن شئت أنا فأنت طالق - لا يحنث، ووقوع ذلك لا يختص بالمجلس.

قلنا: هو تمليك إلا أنه إما لا يختص بالمجلس، لأن المعتبر مجلس من ثبت له

المشيئة، لا مجلس الزوج، فإذا كان الزوج هو الموجب وهو الذي ثبت له المشيئة أبطلناه. لأنه الموجب للمشيئة - فلا يعتبر.

٢٣٣- إذا قال: إن ولدنا ولدًا فأنتما طالقتان، فولدت إحدهما طلقًا.

ولو قال: إن ولدنا فأنتما طالقتان، فولدت إحدهما لا تطلق حتى تلد الأخرى. والفرق أنه يستحيل اجتماعهما على ولادة ولد واحد، فصار شرط يمينه منصرفًا إلى ما يمكن، والسمكن ولادة إحدهما، ويجوز أن يضاف الفعل إلى اثنتين، والمراد به أحدهما كقوله عز وجل: ﴿يَخْرُجُ مِنْهُمَا اللَّؤْلُؤُ وَالْمَرْجَانُ﴾ [الرحمن: ٢٢]، وإنما يخرج من أحدهما وقال الحجاج: يا حرسى اضربا عنقه^(١)، فصار كأنه قال: إذا ولدت إحداكما. وليس كذلك قوله: إذا ولدنا، ولم يقل ولدًا، لأنه أضاف الفعل إليهما، وحقيقة الفعل منهما ممكن، والفعل إذا أضيف إلى اثنين اقتضى اشتراكهما فيه، كدخول الدار وغيره، فإذا ولدت واحدة منهما، فلم يوجد شرط الحث، وهو وجود الولادة منهما - فلا يحث.

٢٣٤- إذا كان لرجل امرأتان صغيرتان مرضعتان فقال: إحداكما طالق لا ينوي واحدة منهما ثم جاءت امرأة فأرضعتها - فقد بانت، فجعل الطلاق في الذمة، وبقاء الزوجية بينهما بعد الطلاق، حتى قال فسد نكاحهما، إذ لو بانت إحدهما لما حرمتا بالرضاع، كما لو أرضع امرأته وأجنبية.

وقد قال في النكاح: لو تزوج أربع كوفيات ثم طلق إحداهن بغير عيناها، ثم تزوج مكية جاز نكاحها، فجعل الطلاق واقعًا ها هنا. فمن أصحابنا من قال في المسألة: روايتان، ومنهم من قال: إحداهما على الخلاف، وقال: وهذا قول أبي حنيفة - رحمه الله - وذاك قولهما، وقد ذكرنا وجه الروايتين في المسائل الذي ذكرت فيها وجوه الروايات.

ومنهم من فرق بين المسألتين، وقال: لما تزوج مكية فقد فعل ما دل على صرف الطلاق من الذمة إلى العين وهو تزوجها، وله صرفه فصار كأنه قال: صرفت الطلاق من الذمة إلى العين، ولو قال هكذا ثم تزوج خامسة جاز، كذا هذا.

وليس كذلك في مسألة الرضاع، لأنه لم يفعل ما دل على صرف الطلاق من الذمة إلى العين، لأنه لم يفعل فعلاً وغيره أرضعهما فلم يصير معيّنًا، فبقي حكم العقد، فصارتا أختين ففسد النكاح.

(١) انظر الفتح (١١٢/٢) وعون المعبود (٢٠٩/٢).

٢٣٥- إذا خلعها على ما في يدها من الدراهم وليس في يدها شيء - فعليها ثلاثة

دراهم.

ولو أعتق عبده على ما في يد العبد من الدراهم وقبله العبد، وليس في يده شيء

لزمه قيمة نفسه.

والفرق أن البضع ليس بمال في خروجه عن ملك الزوج، ويجوز عقد الخلع من غير ذكر البذل، وجهالة البذل لا تمنع صحته فصح العقد، وقد التزمت تسليم دراهم عما ليس بمال، فلزمها أقل ما يدخل تحت الاسم وهو ثلاثة، كما لو أقر بدراهم.

وليس كذلك العتق، لأن رقة العبد مال في خروجه عن ملك المولى، فصار هذا مالاً مجهولاً بدلاً عما هو مال، فإذا استوفى البذل لزمه رد قيمته إذا لم يقدر على الرد كالمبيع، ولو اشترى عبداً بدراهم ولم يبين مقدارها وقبضه كان مضموناً بقيمته، كذلك هذا.

فإن قيل من للتبعيض فقد التزمت تسليم بعض الدراهم، فلماذا يلزمها الثلاثة؟

قلنا إن التبعض ههنا يقع في الجنس لا في العدد، بدليل أنه لو اقتصر على قولها: اخلعتني على ما في يدي، ولم تقل من الدراهم دخل فيه الدراهم وغير الدراهم من الأموال، فلما قالت: من الدراهم فقد بينت جنساً من الأموال، فصار التبعض للجنس لا لعدد، فلم يدخل التبعض في الدراهم فلزمها أقل ما يدخل تحت الاسم.

٢٣٦- إذا قالت: اخلعتني على ما في يدي من الدراهم فخلعها فإذا في يدها درهم أو درهman لزمها ثلاثة دراهم^(١).

وقال في الجامع: لو قال: إن كان في يدي من الدراهم إلا ثلاثة فجميع ما في يدي من الدراهم صدقة، وكان في يده خمسة دراهم فعليه أن يتصدق بها كلها.

قال القاضي الإمام رحمه الله: لم يذكر قول الزوج خلعتني على ما في يدي من الدراهم حتى يكون وزائناً لهذه المسألة، فيجوز أن يحمل على أن الزوج قال: خلعتك على دراهم في يدك، فلا يحتاج إلى الفرق بينهما.

ولكن أجربناه على الظاهر فرقنا بينهما فنقول: من تبعض العدد، ويكون لتمييز الجنس، ويكون للصلة والمقصود في الخلع إثبات ذلك المال فيه، فلو حملنا قوله: من الدراهم، على تبعض العدد لأبطلناه، لأنه يكون مجهولاً وجهالة البذل في الخلع تمنع ثبوته، فحملناه على تمييز الجنس أو الصلة فكأنه قال: خلعتك على دراهم في يدي، وأقلها

(١) انظر الجامع الصغير (ص ٢١٦) واليسوط (١٨٧/٦). والبدائع (١٨٤/٣).

ثلاثة فلزمه.

وأما في النذور فالمقصود لإيجاب التصديق، فلو حملناه على التبويض لم يمنع صحته، لأن إيجاب التصديق بالمجهول يجوز، فحملناه على تبويض العدد، ولأنه لما استثنى العدد علمنا أنه لم يدخل «من» لتمييز الدراهم من غيره وإنما دخل لتمييز العدد وتبويضه فصار كأنه قال: إن كان في يدي بعض العدد التي سمي دراهم فهو صدقة، والدراهمان بعض الدراهم - فلزمه التصديق بها.

٢٣٧- إذا قال: كل امرأة أتزوجها فهي طالق، فتزوج امرأة-فطلقت، ثم تزوج ثانياً - لم تطلق.

ولو قال: كلما تزوجت امرأة فهي طالق، فتزوج امرأة فطلقت، ثم تزوجها مرة أخرى طلقت، وكذلك لو عاد مراراً ثالثاً ورابعاً.

والفرق أن «كل» حرف يجمع الأسماء ولا يجمع الأفعال، ولا يقتضي التكرار، ألا ترى أنه يقال: كل رجل وكل امرأة، ولا يقال: كل دخل وكل خرج، فقد علق الطلاق بالاسم لا بالفعل، والاسم لا يتكرر، فقد علق الطلاق بشرط لا يتكرر فلا يتكرر الجزاء بتكرار الشرط.

وليس كذلك قوله: كلما، لأن كلما حرف يتعلق بالأفعال، ويقتضي التكرار بدليل قوله تعالى: ﴿كُلَّمَا نَضِجَتْ جُلُودُهُمْ﴾ [النساء: ٥٦]، أوجب تكرار الوقوع بتكرار الشرط، وكلما وجد الشرط وهو الزوج وقع الطلاق.

٢٣٨- عبد تزوج بغير إذن المولى، فيقول له مولاة: طلقها، فإن هذا لا يكون إحالة للنكاح.

ولو قال: طلقها طلاقاً رجعيّاً-كان إحالة.

والفرق أن الطلاق في النكاح الموقوف يكون متاركة، لأنه بالعقد انعقدت بينهما علقه، والطلاق يرفع النكاح، فيرفع علاقته، فقد أمره بمتاركة النكاح فلم يكن مجيزاً له، كما لو قال: اتركها أو فارقها.

وليس كذلك قوله: طلقها طلاقاً رجعيّاً، لأن الرجعي لا يصح إلا في النكاح الصحيح، فصار الأمر بطلاق رجعي مقتضياً للإحالة إذ لا يوجد دونه، فكأنه قال: أجزت النكاح فطلقها.

٢٣٩- إذا قال لامرأته: كلما ولدت ولدت فأنت طالق، فولدت ثلاثة أولاد في بطون مختلفة طلقت ثلاث تطليقات، وعليها العدة بعد الولد الثالث ثلاث حيض.

ولو أنها ولدت ثلاثة أولاد في بطن واحد طلقت تطليقتين، وانقضت عدتها بالولد الثالث، ولا يقع عليها الطلاق بالولد الثالث.

والفرق أن «كلما» حرف يتعلق بالأفعال ويوجب التكرار، فقد أوجب تكرار الوقوع بتكرار الولادة، فلما ولدت أولاً وقع الطلاق ووجبت عليها العدة فلما ولدت ثانياً وجد شرط الوقوع، وهي في العدة، لأن العدة لا تنقضي إلا بوضع ما في بطنها، وقد بقي في بطنها ولد فوقع الثانية، وهي في العدة، فإذا ولدت الثالث انقضت عدتها، فصادف شرط وقوع الطلاق انقضاء العدة فلا يقع.

وأما إذا ولدت في بطن مختلف فنقول: لما ولدت أولاً وقع الطلاق، ولما ولدت ثانياً ثبت النسب منه، والحكم بثبوت النسب حكم بوجود الوطاء من الزوج فصار مراجعاً لها، فلما ولدت ثالثاً وجد شرط الوقوع وهي منكوحة، فوقع الثالث ووجبت العدة عقيب الولادة بالولد الثالث ثلاث حيض.

٢٤٠ - إذا قال لرجلين: طلقا امرأتي - فلا أحدهما أن يطلق.

ولو قال: أمر امرأتي بأيديكما، فطلقها أحدهما لم يقع.

والفرق أن قوله طلقاً أمر بتنفيذ قولهما، فصارا كالرسولين، ولأحد الرسولين أن يؤدي الرسالة.

وليس كذلك إذا قال: أمر امرأتي بأيديكما، لأنه ملكهما الرأي والاختيار في إيقاع الطلاق، بدليل أنه يختص بالمجلس، فقد رضي برأيهما واختيارهما ولم يرض برأي أحدهما، فلم يكن لأحدهما أن ينفرد به، كالوكيلين في البيع.

٢٤١ - إذا آلى من امرأته في الصحة ثم مات وهي في العدة لا ترث.

ولو آلى في المرض ورثت.

والفرق أنه بالمرض تعلق حقها بماله، فقد عقد وحقها متعلق بماله فاتهم في قطع حقها، فكان فاراً.

وأما إذا كان في الصحة فحين عقد لم يكن حقها متعلقاً بماله، فقد علقه بمعنى لا فعل له فيه، ووقوع الفرقة بالإبلاء لا فعل له فيه، فلم يتهم فيها فلم يكن فاراً - فلا ترث.

٢٤٢ - إذا قالت المرأة طلقني زوجي وهو مريض، وقالت الورثة: طلقك وهو صحيح فالقول قول المرأة.

ولو كانت المرأة كافرة فأسلمت وقالت: أسلمت في صحته، وأنكر الورثة إسلامها

في حياته وصحته فالقول قول الورثة.

والفرق أن حقها كان متعلقاً بماله، فإذا قالت: طلقني في المرض، فهي تدعي بقاء حقها والتي تدعي بقاء حقها فالأصل بقاءه فقد ادعت والظاهر معها فالقول قولها. وليس كذلك الكافرة فظاهر كونها كافرة يوجب انقطاع حقها عن ماله، والظاهر بقاء ذلك الانقطاع فهي تدعي حدوث معنى تريب به، وهم ينكرون والظاهر معهم فالقول قولهم.

٢٤٣- إذا قذف الأعمى امرأته وهي عمية وجب اللعان بينهما^(١).

ولو قذف المحدود في القذف امرأته، فلا يجب عليه اللعان.

والفرق أن المحدود ليس من أهل الشهادة، لأن شهادته قد أبطلها الشرع فصار كأن القاضي أبطلها، وإذا لم يكن من أهل الشهادة لم يكن من أهل اللعان، إذ في اللعان معنى الشهادة لقوله تعالى ﴿ فَشَهْنَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَدَاتٍ بِاللهِ ﴾ [النور: ٦].

وليس كذلك الأعمى، لأن الأعمى من أهل الشهادة، بدليل أن حاكماً لو حكم بجواز شهادته جاز، فصار كالبصير.

٢٤٤- وإذا مات الولد المملع وترك ولداً ذكراً أو أنثى ثبت نسيبه من المدعي وورث الأب.

ولو كانت له جارية فولدت ولداً فلم يدع الولد حتى ولد الولد ولداً آخر، ثم مات الولد الأول فادعى نسيبه لا يثبت النسب منه.

والفرق أن النسب ثابت وإنما قطع بعض الأحكام باللعان، لأن النسب يثبت بالفراش وقد وجد الفراش، والنسب إذا ثبت لا ينقطع كما لو أقر به، وبدليل أنه لو أكذب نفسه ثبت النسب ولو لم يكن ثابتاً لم يثبت بالإكذاب، فدل على أن النسب ثابت، وإنما قطع بعض الأحكام من الميراث والولاية والنفقة وانقطاع هذه الأحكام لا يدل على انقطاع النسب، كما لو كان الأب رقيقاً أو كافراً والولد حر مسلماً، ومن أصحابنا من قال إن النسب غير ثابت ولكنه موقوف به، وتنفيذ حكم الموقوف إنما يجوز في حال يجوز مع بقاء خلفه، كما لو اشترى جارية شراء موقوفاً فقتلت في يد البائع، فإن أجاز المشتري البيع جاز، وهذا تنفيذ الحكم الموقوف في الشيء الفائت مع بقاء خلفه، فصار كما لو كانت الأم باقية فادعاه، ولو كان ذلك ثبت نسيبه منه، كذلك هذا.

(١) انظر المبسوط للسرخسي (٤١/٧).

أما في مسألة الجارية فالنسب غير ثابت ولا موقوف، فلو أثبتنا النسب لكان ابتداء نيات الحكم في الشيء الفائت مع بقاء خلفه، وهذا لا يجوز، كما لو قتل أحسن عبده، فوجبت عليه قيمته فباع العبد فإنه لا يجوز، كذلك هذا.

٢٤٥- إذا قال لامرأته: أنت طالق ثلاثاً قبل أن أقربك بشهر إن قربتك، فمضى شهر فقرمها بعد مضي شهر وقع عليها ثلاث تطليقات، ولا يكون مولياً حتى يمضي شهر. ولو قال: إن قربتك فأنت طالق إن قربتك، فقرمها مرة واحدة لا يقع الطلاق حتى يقرمها مرة أخرى.

والفرق أن قوله: أنت طالق قبل أن أقربك بشهر، تعليق للطلاق، فقد علق الطلاق بشرط وهو القرب، ووقته بوقت قبله، فيبطل التوقيت وتعلق بالشرط، كما لو قال: أنت طالق الساعة إن دخلت الدار، وإذا بطل التوقيت صار كأنه قال: أنت طالق ثلاثاً إن قربتك، فقد كرر شرط الوقوع، وتكرر ذكر شرط الوقوع لا يوجب تكرار الوقوع، كما لو قال: أنت طالق إن دخلت الدار، ثم قال بعد ذلك: أنت طالق تلك الطلقة إن دخلت الدار، فدخلت فإنه لا يقع إلا تطليقة واحدة، أو قال: إن دخلت الدار فأنت طالق، فدخلت طلقت واحدة كذلك هذا.

وليس كذلك قوله: إن قربتك فأنت طالق إن قربتك، فإنه يحتاج إلى وجود قربين، لأن قوله: فأنت طالق إن قربتك. يمين معلق بشرط، فما لم يوجد الشرط لا يلزمه اليمين، فإذا قرمها مرة انعقدت اليمين لوجود شرطه، فإذا قرمها بعد ذلك وجد شرط حنثه فحنث في يمينه.

٢٤٦- إذا قال لامرأته وهو صحيح: إن دخلت الدار فوالله لا أقربك، فدخلت الدار وهو مريض لا يستطيع جماعها ففأ إليها بلسانه جاز، وجعل كأنه آلى منها في حال المرض.

ولو قال لامرأته إن دخلت الدار فأنت طالق، ثم جن فدخل الدار وقع الطلاق، ولا يجعل كأنه تلفظ به في حال جنونه حتى لا يقع.

والفرق أن المعلق بالشرط كالتلفظ به عند وجود الشرط، وذلك القول قول يتعلق بالحكم به، فصار كأنه قال في حال المرض: والله لا أقربك. ففيه يكون بلسانه، كذا هذا.

وليس كذلك قوله: إن دخلت الدار. ثم جن، لأن المعلق بالشرط كالتلفظ بذلك اللفظ عند وجود الشرط، وذلك اللفظ لفظ يتعلق به الحكم صادر عن مكلف، فكأنه تلفظ بلفظ يتعلق به الحكم، ولو كان كذلك وقع في الحال، كذا هذا والله أعلم.

«كتاب العتاق»^(١)

٢٤٧- إذا قال لعبده: هذا أبي، ولأمتي: هذه أُمِّي، ومثله يولد لمثله، وحسبته الأب بذلك عتقا، وثبت نسبه منه. وصف في هذه المسألة تصديقهما له في الأبوة. ولم يصف تصديق الغلام له في البنوة.

والفرق أنه أقر بالفعل على غيره، لأنه يقول: هو استولد أُمِّي فأنا ابنه فاشترط تصديق ذلك الغير.

بخلاف البنوة، لأنه أقر بالفعل على نفسه، لأنه يقول: أنا استولدت أمك فانت ابني. وإذا أقر بالفعل على نفسه لم يشترط تصديق غيره.

٢٤٨- إذا قال لعبده: أنت حر اليوم من هذا العمل عتق في القضاء.

ولو قال لامرأته: أنت طالق من وثاق، وقال: لم أرد به الطلاق. صدق في القضاء ولا يقع.

والفرق أنه خص الحرية بعمل، والحرية لا تختص بعمل دون عمل، فكونه حر من عمل يقتضي أن يكون حرًا من جميع الأعمال، فصار قوله من هذا العمل تخصيصًا لبعض ما شمله اللفظ العام، فلا يوجب قصر الحكم عليه، فعتق من جميع الأعمال.

وليس كذلك إذا قال: أنت طالق من وثاق، لأن كونها طالقًا من الوثاق لا يقتضي طلاقها من الزوجية، وهي توصف بأنها مطلقة من الوثاق، فوصفها بإيقاع الطلاق لا يقتضي أن تنصف بالإطلاق من النكاح، فلا يقع، وحكي عن أبي يوسف أنه أشار إلى لفظ الحرية لا يستعمل في العمل، ولفظ الطلاق مستعمل في الوثاق.

وقال الفقيه أبو جعفر الهندواني^(٢): هذا على ما كانوا يتعارفون، فأما على ما تعارفه نحن يجب أن لا يعتق.

٢٤٩- إذا قال لعبده: أنت حر كيف شئت، ثم قال بعد ذلك: جعلته على مال

فإنه لا يصح.

(١) انظر الهداية شرح البداية (٤٩/٢) والبحر الرائق (٤٤٨/٨) والسير للرخسي (٦٠/٧). والجامع الصغير للشيباني (ص ٢٤٤). ونحفة الفقهاء للسرقندي (٢٥٥/٢) وشرح تنقيح القدير (٤٢٩/٤) وبدائع الصنائع (١٢٤/٤).

(٢) هو أبو جعفر محمد بن عبد الله بن محمد البجلي، كان من أصحاب كشف المسائل المعضلات، والفواضل المبهمة في المذهب، ولقب بابي حنيفة الصغير لبراعته في الفتوى والحديث. توفي سنة ٣٦٢هـ.

ولو قال لامرأته: أنت طالق كيف شئت، ثم قال: جعلتها على مال فإنه يصح إذا

قبلت.

والفرق أن قوله: أنت حر كيف شئت، لفظ يقع به العتق، والعتق إذا وقع لا يمكن تغييره، لأنه لا يستفيد بالتغيير فائدة فوقع، كما لو قال: أنت حر، ثم قال: جعلته على مال - فإنه لا يصح، كذلك هذا.

وليس كذلك إذا قال لامرأته: أنت طالق كيف شئت لأن الطلاق قد وقع، والطلاق إذا وقع يمكن تغييره، ألا ترى أنه يتغير بنفسه فيصير بائناً بانقضاء العدة، فجاز أن يجعل بائناً بالعوض كما لو قال: أنت طالق، ثم قال: جعلته بألف درهم، فقبلت صح، كذلك هذا.

٢٥٠ - إذا قال: أبيعك عبدًا لي بكذا، ولم يره، ولم يسمه فالبيع باطل.

وإن قال: أعتقت عبدًا لي أو عبدي - عتق.

والفرق أنه أضاف البيع إلى عبد منكر، فكان عاقدًا على مجهول وبيع المجهول لا يصح كما لو قال: بعتك أحد عبيدي.

وفي العتق أضاف العتق إلى عبد منكر فصار مجهولاً، وإضافة العتق إلى المجهول جائز، كما لو قال: أعتقت عبدًا من عبيدي.

٢٥١ - إذا قال لأمتيه: إحداكما حرة، فقتل كل واحدة منهما رجل آخر معاً، فعلى كل واحد قيمة أمة.

ولو قتلها رجل واحد معاً وجبت عليه دية حرة وقيمة أمة.

والفرق أن إحداهما حرة لا محالة، وكل واحدة في أن تكون حرة كصاحبتهما، فالذي وجبت عليه هذه الزيادة بمجهول، وإيجاب الحق على المجهول لا يصح.

وليس كذلك إذا كان القاتل واحداً، لأن إحداها حرة لا محالة، فوجبت الدية لأن من وجبت عليه الزيادة معلوم، لأن القاتل واحد وإيجاب الزيادة على المعلوم جائز.

٢٥٢ - إذا قال لرجل: أعتق أي عبيدي شئت، فأعتقهم جميعاً لم يعتق إلا واحد.

ولو قال: أي عبيدي شاء العتق فأعتقهم، فإن شاءوا العتق فأعتقهم - عتقوا.

والفرق أن حرف أي يدخل في الكلام ويراد به الجماعة، قال الله تعالى: ﴿لِيَبْتَلُواكُمُ أَتَيْكُمْ أَحْسَنُ عَمَلًا﴾ [الملك: ٢] والمراد به كل واحد من آحاد الجماعة، ويدخل في الكلام ويراد به الواحد قال الله تعالى: ﴿وَأَيُّ الْفَرِيقَيْنِ خَيْرٌ مَقَامًا﴾ [مريم: ٧٣] وقال عز

وجل: ﴿ أَيْكُمْ يَأْتِينِي بَعْرَشًا ﴾ [النمل: ٣٨] والمراد به الواحد من الجماعة فإذا احتل الواحد والجماعة لم يصرف إلى أحدهما إلا بقرينة، فإذا قال: أي عبيدي شئت، فقد علق ذلك بمشيئة خاصة، وإذا كان الشرط خاصاً كان الجزء أيضاً خاصاً، فصار كما لو قال: إذا شئت عتق واحد فأعتقه.

وليس كذلك إذا قال: أيهم شاء العتق، لأن المشيئة عامة، وإذا كان الشرط عاماً كان الجزء أيضاً عاماً، فإذا أرادوا جميعاً العتق عتقوا.

٢٥٣ - إذا قال لها إن كان حملك أو ما في بطنك غلاماً فأنت حرة، وإن كان جارية فهي حرة، فكان حملها غلاماً وجارية لم يعتق واحدة منهما.
ولو قال: إن كان في بطنك غلام فأنت حرة، وإن كان جارية فهي حرة فكان حملها غلاماً وجارية يعتق الأم والولد معها.

والفرق أن الحمل عبارة عن جميع ما في البطن قال الله تعالى: ﴿ وَأَوْلَتْ الْأَخْتَانِ أُمَّهُنَّ أَنْ يُصْعَقَ حَمَلُهُنَّ ﴾ [الطلاق: ٤] وما في البطن عبارة عن جميع ما فيه فشرط حنته كون جميع ما في البطن غلاماً أو جارية، فإذا كانا جميعاً لم يوجد شرط الحنت فلا يعتق.
وليس كذلك قوله: إن كان في بطنك، لأن «في» حرف ظرف وكون البطن ظرفاً للجارية لا يمنع كونها ظرفاً للغلام أيضاً، فشرط حنته كون الغلام في البطن وكون الجارية، وقد وجدوا فعتقوا جميعاً.

٢٥٤ - إذا قال المولى لعبده: أعتقتك أمس على ألف فلم تقبل، وقال: قبلت - فالحقول قول المولى.

ولو قال: بعثك أمس عبيدي هذا بألف فلم تقبل، وقال: قبلت - فالحقول قول المشتري.

والفرق ما بينا أن العتق ينفك عن وجوب المال، فلم يكن الإقرار بالعتق إقراراً بوجوب المال، فصار يدعى عليه عقداً، وهو ينكر فالحقول قوله.

وليس كذلك البيع لأن البيع لا ينفك عن وجوب المال، فصار إقراره بالبيع إقراراً بوجوب المال، فصار كأنه قال: بعثك وقبلت، ثم قال: لم تقبل.

ولو قال ذلك فالحقول قول المشتري كذلك هذا.

٢٥٥ - إذا أعتق عبده على مال فأعطاه كفيلاً بالمال الذي أعتقه عليه جاز.

ولو كاتبه على مال فأعطاه كفيلاً بمال المكاتب لم يجز.

والفرق أنه لما اعتقه على مال وقبله صار ذلك دينًا صحيحًا، بدليل أنه لو أراد إسقاطه عن نفسه لا يمكنه، فإذا أعطاه به كفيلاً جاز كسائر الديون.

وليس كذلك مال الكتابة، لأنه ليس بدين صحيح، بدليل أنه يقدر أن يسقطه عن نفسه بالعجز، بأن يعجز نفسه، ومن شرط صحة الكفالة أن يبرأ الكفيل بما يبرأ به المكفول عنه، والمكفول عنه يبرأ من غير أداء، ولا إبراء، ولو جوزنا ذلك لكان للكفيل المكفول عنه، وإذا قدر على إسقاطه عن نفسه من غير أداء، ولا إبراء لم تجز الكفالة. ذلك، وإذا قدر على إسقاطه عن نفسه من غير أداء، ولا إبراء لم تجز الكفالة. ٢٥٦- أم الولد إذا جنت جنایات أو مرة لا يغرم المولى أكثر من قيمة واحدة.

ولو وجبت عليها ديون من التجارة سعت في جميع ديونها بالغًا ما بلغ. والفرق أن الدين يثبت في الذمة، بدليل أنه لا يجب على المولى والذمة تسع الحقوق كلها، فثبت جميع الديون، فوجب أن يغرم بالغًا ما بلغ. وليس كذلك الجناية لأنها تتعلق بالرقبة، بدليل أنها تجب على المولى ولا يطالب بها بعد العتق، والرقبة لا تضمن بأكثر من قيمة واحدة، كما لو قتل إنسان عبدًا فإنه لا يضمن أكثر من قيمة واحدة، كذلك هذا.

٢٥٧- ولد أم الولد يلزم المولى، وله أن ينفيه.

وولد المنكوحه يلزم الزوج وليس له أن ينفيه.

والفرق أن المولى ينفرد بقطع الولد المستفاد على حكم الفراش إلا أن يقضي به قاض لأنه بالقضاء ثبت منه، فصار كنبوته بالإقرار.

وليس كذلك الحر، لأنه لا ينفرد بقطع هذا الفراش، لأنه لا يقدر على أن يتزوجها ما لم تنقض عدتها، فلا ينفرد بقطع الولد المستفاد على ذلك الفراش.

٢٥٨- وإذا ادعى رجلان ولد جارية بينهما معًا فهو ابنهما يرثهما ويرثانه والجارية أم ولد لهما، فإن اعتق أحدهما نصيبه عتق نصيب الآخر.

وفي العبد المشترك إذا اعتق أحدهما نصيبه لا يعتق جميعه.

والفرق أنه اعتق نصفه بإعتاقه، ولا سعاية عليها في الباقي عند أبي حنيفة رحمه الله، لأن ربة أم الولد لا تقوم بالسعاية، بدليل أنها لا تسعى لغريم ولا لوارث، فقد عتق نصفها وحصل الباقي في يدها ولا يمكنه ردها ولا سعاية عليها فعتقت مجًا.

وليس كذلك العبد، لأنه عتق نصفه، وحصل الباقي في يده، ولا يقدر على رده، وورثته مما يضمن بالسعاية، بدليل أنه يسعى لغريم ووارث فيقي نصفه رقيقًا فصار كالمكاتب، فما لم يؤد مال الكتابة لا يعتق، كذلك هذا.

٢٥٩- المكاتبة إذا اشترت ابنها ثم ماتت عن هذا الابن فإن عجل مال الكتابة من منه ولم يبع، وإلا يبع، ولو ولدت في الكتابة ثم ماتت الأم بقي مال الكتابة عليه مؤجلاً كما لو كان على الأم.

والفرق أنه بالشراء أوجب له حق العتق بعقد غيره، وهي الأم، فإذا فات الأداء من جهة ذلك الغير لزمه البذل حالاً، كما لو كاتب جارية على ألف درهم وآخر غائب معها فماتت الحاضرة وحضر الغائب لزمه المال حالاً، وإلا فسخ العقد، كذلك هذا.

وليس كذلك الجارية إذا ولدت، لأنه لم يوجب لها حق العتق بعقد غيره، وإنما أوجب لها العتق بعقده، لأن العقد يوجب عتق الأم، والولد جزء من أجزائها، فصار حكمه كحكم الأم، والأم تسعى مؤجلاً بعقدها، كذلك هذا.

٢٦٠- حربي خرج إلى دار الإسلام مستأمنًا ومعه أم ولد -لم يكن له أن يبيعها. ولو عتق عبدًا له في دار الحرب ثم حملة مع نفسه إلى دار الإسلام - فله أن يبيعه على قول أبي حنيفة.

والفرق أنا من حيث يجوز بيعها بخرجها من كونها أم ولد له لا يطله، لأنه إذا نقلها إلى دار الإسلام صارت ملكًا له حقيقة مستقرة، وقبل ذلك لم يكن ملكه مستقرًا، وإذا حصل له فيها ملك مستقر، وله منها ولد ثابت النسب صارت أم ولد له، لأن الاستيلاد المتقدم ينفذ في حكم الملك المتأخر، فمن حيث يجوز بيعه نبطله فلا يجوز.

وليس كذلك العتق، لأننا من حيث يجوز بيعه ونبطل عتقه لا نبطله، لأنه إذا نقله إلى دارنا صار ملكًا له بقره، وعتقه متقدم عليه، والعتق المتقدم لا يسري إلى الملك المتأخر، فمن حيث يجوز بيعه لا نبطله فجوزناه.

٢٦١- عبد في يد رجل فقال لآخر اشترني منه فاشتراه، ثم أقام العبد البينة أنه حر عتق، وقد ظهر من هذا.

وقيل يجب أن لا تقبل بينته، لأن أمره بالشراء إقرار بالملك له، فإذا قال: أنا حر الأصل، فإقراره الأول يكذبه في دعوى الثاني فلا يصدق، كما لو باع من إنسان عبدًا، ثم قال: ما بعته لم يكن لي فإنه لا يصدق، كذا هذا.

والفرق أنه ثبت بينة أن ما جرى بينهما لم يكن عقدًا، لأن العقد على الحر لا يصح، فوجب أن يصدق على ذلك، الدليل عليه أنه لو باع عبدًا فأقام البينة أنه حر الأصل، فإنه يصدق على ذلك كذلك هذا.

وليس كذلك إذا قال: ما بعته لم يكن لي لأنه لا يثبت بينة أن ما جرى بينهما لم

يكن عقدًا، لأن العقد على ملك الغير يصح إلا أنه يقف على إجازته، فهو لا يثبت بينه
أن ما جرى بينهما لم يكن عقدًا، ولكنه يريد أن يبطل عقدًا جرى بينهما - فلا يصدق.

٢٦٢- عبد بين رجلين دبر أحدهما نصيبه، فلآخر أن يترك نصيبه على حاله. ولو
أعتق أحدهما نصيبه لم يكن لشريكه أن يترك نصيبه على حاله.

والفرق أن التدبير لا يزيل الملك فبقي ملكه فيه، ولو كان الجميع له فدبر نصفه
كان له أن يبقى ملكه في الباقي، كذلك هذا.

وليس كذلك العتق، لأن العتق يوجب الحرية وثبوت اليد له على نفسه تحصل
للعبد في يد نفسه، ولو كان الجميع له فأعتق نصفه لم يكن له أن يبقى ملكه في الباقي
كذلك إذا كان النصف له فدبر شريكه لم يجز له أن يبقى ملكه في الباقي.

٢٦٣- إذا دبر المرتد عبده فتدبيره موقوف، فإن لحق بالدار بطل تدبيره، فإن عاد
فأسلم فوجد العبد في يدي الوارث فأخذه فهو مدبر.

ولو باع في حال رده ثم لحق بدار الحرب بطل بيعه، فلو عاد مسلمًا لم يعد البيع.
والفرق أن ملك المرتد موقوف فلما لحق بدار الحرب حكمنا بزوال الملك من
حين الردة، فقد دبر ملك غيره في الظاهر فلم يجز، إلا أنه يجوز أن يعود مسلمًا فيعود
الملك إليه من حين العقد، والعقد غير نافذ في الحال، فكأنه علق التدبير بعود الملك
وقال: إن عدت إلى ملكي فأنت مدبر، ولو قال هكذا كان جائزًا، لأن تعليق التدبير
بالشرط جائز، كذلك هذا.

وفي البيع يصير كأنه علق البيع بشرط وتعليق البيع بالشرط لا يجوز فيبطل.

٢٦٤- ولو أن المرتد لحق بدار فباع الورثة عبدًا له قد دبره بعد رده ثم أسلم
المرتد وعاد إلى دار الإسلام، فعاد ذلك العبد إليه بوجه من الوجوه- صار مدبرًا.
ولو باع رجل عبيدين على أن المشتري بالخيار يأخذ أيهما شاء، فأعتق البائع أحد
العبيدين ثم أجاز المشتري البيع في ذلك العبد فإنه يبطل العتق، فلو عاد ذلك العبد إلى ملك
البائع بوجه من الوجوه- لم ينفذ عتقه.

والفرق أن ملك البائع في أحدهما باق، إذ لا يتوهم زوال ملكه فيهما هذا العقد،
إلا أنه يجوز أن يستبقي ملكه في الذي أعتق، ويجوز أنه يستبقي ملكه في غيره، فكأنه
قال إن استبقيت ملكي فيك فأنت حر، ولم يستبق ملكه، وإنما عاد إليه بوجه آخر، فلم
يوجد الشرط الذي علق العتق به فلم يجز.

وليس كذلك في المرتد، لأن الملك زائل في الحال، والعود مترقب فصار معلقًا

التدبير باستفادة الملك والعود. وقد استفاده فصار مدبراً.

٢٦٥- إذا شرط الرجل على مكاتبة ألا يخرج عن الكوفة إلا بإذنه فالنشرط باطل، والعقد جائز. ولو شرط على مكاتبة أن يطأها فالعقد فاسد.

والفرق أنه ليس في تركه الخروج عن الكوفة منفعة للمولى، لأنه ليس له أن يستخدمه، ولا أن يأخذ ماله فربما يكون منفعته في خروجه، لأنه يخرج ويكتسب، فهذا شرط زائد على العقد ليس فيه منفعة لأحد العاقلين، فكان باطلاً، والعقد جائز كما لو باع ثوباً على ألا يبيعه ولا يهبه فالبيع جائز، والشرط باطل كذلك هذا. وليس كذلك إذا شرط على مكاتبة أن يطأها، لأن فيه منفعة للمولى وهو أن يتمتع بها، فصار هذا شرطاً زائداً على موجب العقد فيه منفعة، لأحد المتعاقدين فبطل العقد، كما لو باع منه ثوباً شرط أن يخبطه.

٢٦٦- إذا ترك المكاتب ولدين ولدا له في المكاتبة فأعتق المولى أحدهما - فعلى الآخر أن يسعى في جميع المكاتبة.

ولو كاتب عيدين كتابة واحدة ثم أعتق أحدهما - سقطت حصته من مال المكاتبة. والفرق أن العقد لم يقع عليهما، وإنما لحقاً عقد الغير على طريق التبع فلم يلزم المولى تسليم الرقبتين إليهما على هذا البدل، فإذا بقي أحدهما بقي المال كله ببقائه، وصار كأنه لم يكن إلا ولد واحد، كما لو اشترى جارية فولدت في يدي البائع ولدين ثم مات أحدهما فإنه لا يسقط شيء من الثمن، كذلك هذا.

وليس كذلك في تلك المسألة، لأن العقد وقع عليهما، فقد التزم بتسليم الرقبتين إليهما على هذا البدل، فإذا لم يسلم أحدهما سقط ما يلزاه، كما لو باع عيدين فمات أحدهما قبل القبض فإنه يسقط حصته من الثمن، كذلك هذا.

٢٦٧- إذا قال: أول عبد أملكه واحد فهو حر، فملك عيدين معاً ثم ملك واحداً - لم يعتق واحد منهم.

ولو قال: أول عبد أملكه وحده فهو حر، فملك عيدين ثم واحداً - عتق الثالث. والفرق أن الواحد هو عبارة عن أول العدد، يقول: واحد واثنان فصار صفة للأول، ولا يقتضي انفراده وبقي غيره معه، فلا يفيد إلا ما أفاد قوله: أول عبد أملكه، ولو قال ذلك فملك عيدين ثم عبداً لم يعتق واحد منهم، كذلك هذا.

وليس كذلك قوله وحده، لأن وحده عبارة عن انفراده ونفي غيره معه، لأنها صفة لفعله يقول وحده لا شريك له أي وحدته توحيداً، يقال فلان وحده في الدار فإنه ينفي

كون غيره، فكأنه قال: أول عبد أفرد به بالملك، ولم يفرد الأول والثاني بالملك فانصرف إلى الثالث الذي أفرد به بالعتق - فأعتقه.

٢٦٨- لو أن رجلاً قال: كل جارية لي فهي حرة إلا خراسانية ثم قال: الثلاث منهن أو أربع من خراسانيات ولم يعلم ذلك إلا بقوله فإن القول قوله مع يمينه. ولو قال: كل جارية لي فهي حرة إلا أمهات أولادي، ثم قال: هذه أم ولدي وهذه. فإنه لا يصدق.

والفرق أن قوله: كل جارية لي. لفظ عام، وقوله: إلا أمهات أولادي. استثناء شخص وجد فيها فعل من جهته، فقد عم الإيجاب وعلق الاستثناء بفعل فما لم يظهر ذلك الفعل لا يحصل الاستثناء، فبقين داخلات في اليمين ولا يخرجن عن اليمين إلا بيقين.

وليس كذلك قوله إلا خراسانية لأنه لم يعلق الاستثناء بفعل لأنه لا يحتاج إلى فعل لتصير هي خراسانية لأن الخراسانية اسم جنس كالرومية والهندية فقد استثنى اسماً من الأسماء والاستثناء مع المستثنى أحد اسمي الباقي فقد أوقع العتق على غير الخراسانيات، فصار الإيجاب خاصاً، فلا يدخل في الإيجاب إلا بيقين.

وجه آخر أن الأصل في الجواري ليس هو الخراسانية لجواز أن يكون متشابهاً بغيره فلم يستحق العتق في الظاهر، فلم يكن بدعواه أنها خراسانية مدعياً خلاف الظاهر فصديق.

وليس كذلك أمهات الأولاد، لأن الأصل في الجواري أنها لم تكن أم ولد، فإذا قال: هذه أم ولدي. فقد ادعى خلاف الظاهر ومعنى طارئ فما لم يعلم وجوده لا يخرجن عن الاستحقاق.

وعلى هذا الأصل، لو قال: كل جارية غير خبازة فهي حرة، فقال: كلهن خبازات - فالقول قوله: ولو قال: كل جارية لي فهي حرة إلا جارية خبازة، ثم قال: هذه خبازة - لم يصدق، لما بينا أن الإيجاب خاص فلا يدخل في الإيجاب إلا بيقين، وهناك الإيجاب عام، والاستثناء خاص، فلا يدخل في الاستثناء.

٢٦٩- ولو قال لعبد له يساوي ألف درهم: حج عني حجة وأنت حر، وليس نه مال غيره فللعبد أن يحج حجاً وسطاً من منزل المولى، فإن حج عنه فأعتقه أحد الورثة سعى في ثلثي قيمته للورثة.

ولو قال: أعتق عني عبداً وأنت حر، فأعتقه - فإنه لا يسعى في ثلثي قيمته. والفرق أن المولى لم يشترط تملك العبد بأداء النفقة التي يحج بها، لأننا لو ملكنا

المولى تلك النفقة لكان للورثة أن يأخذوا ثلثها فيحصل للعبد ثلث النفقة فلا يكون حراً وسطاً وفي ذلك منع جوازه عن الميت، وهذا لا يجوز فمن حيث يملك المولى تلك المنفعة من جهة العبد يمنعه منه فلا يملكه فلم تكن المنفعة بدلاً عن العتق، فكانه أمر أن يعتق عنه مجاًناً ولو أعتق عبده مجاًناً سعى في ثلثي قيمته، كذلك هذا.

وفي تلك المسألة شرط أن يملكه الرقبة ثم يعتقه عنه، ولو ملكناه لم يكن للورثة أن يأخذوا من الرقبة شيئاً، وإنما لهم أن يستسعوا العبد، فلم يكن في تملكه منع جواز إعتاقه عن الميت فلم يكن عتقاً مجاًناً، فصار عتقاً ببدل، فإن كان البديل مثل قيمته لم يكن مجاًناً بشيء، فلا يسعى في شيء وإن كانت أقل اعتبر ثلث المحاباة له ويسعى في ثلثه.

٢٧- ولو أن رجلاً قال لعبده: إن أدبت إلي ألف درهم أحج بها فأنت حر، أو قال: أد إلي ألف درهم أحج بها وأنت حر، فأدى إليه ألف درهم فإنه يعتق؛ حج المولى أو لم يحج.

ولو قال: إذا أدبت إلى وصيي ألف درهم يحج بها فأنت حر، فما لم يحج الوصي لا يعتق.

والفرق أن قوله أحج إخبار، فلم يخرج مخرج الشرط، فقد أمره بالأداء وأجبر عنه بخبر، فإذا أدى عتق سواء وجد الخبر أم لا، وكذا كما قلنا فيمن قال: ادفعوا إلي فلان ألف درهم بعد موتي لينفقها، فسواء وجد الإنفاق أم لا يستحق الألف، كذلك هذا.

وليس كذلك قوله: إذا أدبت إلى وصيي ألف درهم يحج بها، لأن اللفظ للصلة فقد وصل الحج بالدفع، فصارا شرطين فما لم يوجد الشرطان لا يعتق.

٢٧١- إذا قال: إذا أدبت إلي عبداً فأنت حر-انصرف إلى الوسط فإذا أدى عبداً مرتفعاً أجبر على القبول.

ولو قال: إذا أدبت إلي عبداً وسطاً فأنت حر، فأتى بعبد مرتفع لا يجبر على القبول ولا يعتق به.

والفرق أن الوجوب بمطلق الاسم، وإطلاق الاسم يتناول الجيد والوسط والرديء، إلا أن في إيجاب الجيد إضراراً بالعبد، وفي إيجاب الرديء إضراراً بالمولى فالزمناه الوسط لا لحق اللفظ، وإنما هو من طريق الحكم، فإذا أتى بالجيد فقد وجد ما يدخل في الاسم من غير إضرار بالمولى فأجبر على القبول كما قلنا في الديات والزكوات.

وليس كذلك إذا قال: عبداً وسطاً، لأن الوسط ملفوظ به فاستحقاقه بالاسم لا من جهة الحكم، واسم الوسط لا ينطلق على الجيد، فلم يوجد الشرط الذي علق العتق به فلا

يعتق، كما لو قال: إن أدبت إلي ألفاً في كيس فأنت حر، فأدي في غير كيس لم يعتق، كما هذا.

٢٧٢- إذا قال المولى لعبده: أعتق عني عبداً وأنت حر - صار مأذوناً له، فإن استفاد عبداً وسطاً فأعتقه عتق المأمور، ولو استفاد عبداً مرتفعاً فأعتقه عنه لم يعتق واحداً منهما.

ولو قال: إن أدبت إلي عبداً فأنت حر، فأدى إليه عبداً مرتفعاً لم يحرر عليه وعتق المشتري.

والفرق أن ما زاد على الوسط ملك المولى، لأنه كسبه قبل حصول الحرية، ألا ترى أنه لو قال: إذا أدبت إلي ألفاً فأنت حر، فاكسب ألفين وأدى إليه ألفاً والألف الباقية للمولى، لهذا المعنى أن ما زاد على الوسط ملك للمولى، ومقدار الوسط حق العبد، وقد أوصل الجميع إلى المولى وعاد نفعه إليه نعتق.

وليس كذلك إذا أعتق عبداً مرتفعاً، لأن ما زاد على الوسط ملك للمولى، فإذا أعتقه العبد فقد تبرع بإعتاق ملك المولى لا يصح، كما لو استفاد عبيدين فأعتقهما لم يجز إلا أحدهما وإذا لم تجز تلك الزيادة بقي العتق في بعض العبد، وقد أمره بعتق عبد كامل فلا يعتق ببعضه فلم يجز عنه.

٢٧٣- إذا قال لعبده: إن ملكتك فأنت حر. عتق في الحال.

ولو قال: إن اشتريتك فأنت حر. لا يعتق.

والفرق أن استبقاء الملك ملك، بدليل أنك تقول: ملكت هذا العبد سنة وشهراً فيصح، فيدخل في اسم أنه ملكه فحنث، كما لو قال: إن صححت فأنت حر، فبقي صحيحاً عتق.

وليس كذلك الشراء، لأن البقاء على الشراء لا يسمى شراء، لأنه لا يقال: اشتريت عبداً سنة، فلم يدخل في الاسم، فلا يعتق.

٢٧٤- ابن سعادة عن محمد في الوصايا لو قال لعبده: أنت حر أمس. وإنما اشتراه اليوم عتق.

ولو قال: أنت طالق أمس. وإنما تزوجها اليوم لم تطلق.

والفرق أن وصفه بكونه حراً بالأمس يوجب تحريم استرقاقه عليه اليوم فعنق وإن لم يكن في ملكه في ذلك اليوم، كما لو قال لعبده: أنت حر الأصل عتق، وإن لم يكن أصل العلوق عنده.

وأما في الطلاق فوصفها بوقوع الطلاق عليها بالأمس ووقوع الطلاق عندها بالأمس لا يقتضي كونها محرمة عليه اليوم، لأنه لو طلقها بالأمس زوج آخر، وفل الدخول ثم تزوجها هذا حلت له فلم يعبر بما يوجب تحریمها عليه فلا تطلق^(١).

«كتاب المكاتب والولاء»^(٢)

٢٧٥ - إذا كاتب عبده على قيمته لم يجز.

ولو كاتب أم ولده، أو مدبرته على قيمتها جاز.

والفرق أن العقد على قيمة الشيء يقتضي براءته بتسليم المقوم، ألا ترى أنه لو تزوج امرأة على قيمة عبده فأتاها بالعين أجبرت على قبوله، وذلك لأن العين أعدل من القيمة، بدليل أنه لو غصب من إنسان عبداً فأبق ضمن قيمته، ثم رجع فسلم العين برئ، فدل على أن العين أعدل من القيمة، فلو جوزنا العقد بقيمته لبرئ - بتسليم العين إليه، وفي تسليم الرقبة إليه استبقاء للرق، وفي اشتراط استبقاء الرق بطلان الكتابة، فصرنا من حيث يجوز نطل - فلا يجوز، كما لو قال: كاتبك بشرط ألا تعتق بأداء المال.

وليس كذلك إذا كاتب أم ولده، لأن العقد على قيمتها لا يوجب براءتها بتسليم العين، بدليل أن في سائر العقود لا تبرأ لأن تسليم رقبته على حكم العقد لا يجوز بحال فلم يكن العقد على قيمتها موجباً براءتها بتسليم العين، فصارت هذه كتابة تفيد العتق فصحت.

فإن قيل: القيمة مجهولة، فيجب ألا يجوز، كما لو اشترى شيئاً بقيمة أم الولد لا يجوز.

قلنا: التفاوت في تقويم المقومين يقبل، وقليل التفاوت يمنع صحة البيع، ولا يمنع صحة الكتابة، كما لو كاتبه على حيوان.

٢٧٦ - إذا كاتب أمته كتابة فاسدة فوطئها، ثم أدت الكتابة فعتقت فعليه عقربا لها.

ولو باع جارية بيعاً فاسداً فوطئها البائع، ثم سلمها إلى المشتري فأعتقها وغرم

(١) انظر الجامع الصغير (ص ٢٥١) وبدائع الصنائع (٢٧٧/٦)، والمبسوط (٢٤١/٧).

(٢) انظر البداية (ص ١٩٣) والهداية شرح البداية (٢٥٣/٣) والبحر الرائق (٤٥/٨) وحاشية ابن عابدين (٨٧/٦)، وفتاوى السعدي (٤٢١/١) والمبسوط (٢/٨) والجامع الصغير (٤٥٢/١) وكذلك المبسوط (٤٠٧/٣) وبدائع الصنائع (١٢٩/٤) والدرية (١٩١/٢) ونصب الرتبة (٤) (١٤٢).

قيمتها لم يكن على البائع شيء.

والفرق بينهما أن عتقها يستند إلى العقد بدليل أنه يتبعها الأولاد، والأروش، نصار عند الأداء كان العقد كان صحيحًا ووطئها المولى، فإنه يجب العقر، كذلك هذا. وفي البيع إذا أسندناه إلى العقد صار كأن العقد كان صحيحًا، ولو كان كذلك لا يجب العقر عند أبي حنيفة، كذا هذا.

ووجه آخر أن في الكتابة الفاسدة يملكها من حين العقد، بدليل أنه يتبعها الأولاد والأروش، نصار الوطء في حقها يوجب العقر لها.

وفي البيع الفاسد إنما تملك من حيث القبض، بدليل أنه لا يتبعه الأولاد والأروش، والقبض، وجد الآن فصار الوطء في ملك نفسه، فلا يغرم شيئًا.

ووجه آخر أن حكم ملكه باق فيها في الكتابة الفاسدة، بدليل جواز عتقه وتدبيره، وبقاء حكم ملكه بعد الكتابة لا يمنع وجوب العقر كالكتابة الصحيحة.

وليس كذلك في البيع، لأنه بقي على حكم ملكه، وبقاء حكم ملكه يمنع وجوب العقر، كما لو اشترى شراء فاسدًا وقبضها فوطئها فإنه لا يجب العقر إذا ردها إلى البائع في إحدى الروايتين، كذلك هذا.

٢٧٧- المولى إذا وطئ المكاتب كتابة صحيحة أو فاسدة وجب العقر، والبائع إذا وطئ الجارية المبيعة لا يلزمه العقر عند أبي حنيفة.

والفرق أنه أوجب لها البضع بعقد الكتابة، فإذا وطئها صار مرتجعًا ما أوجبه بعقده فغرم، كما لو استرد بعض السبع.

وفي البيع لا يقع العقد على منافع البضع، وإنما دخل فيه تبعًا، وإذا لم يرتجع ما أوجبه العقد لم يغرم، ولأن الكتابة قد تمت، فقد ارتجع المعقود بعد تمامه، والبيع لا يتم إلا بالتسليم، فقد استوفى الرطء قبل تمامه فلا يغرم.

٢٧٨- إذا كاتب عبيد كتابة واحدة، وقيمتها سواء، فأدى أحدهما بشيء رجع بنصفه على صاحبه.

ولو اشترى شيئًا على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فأدى أحدهما شيئًا لم يرجع، إلا أن يزيد على النصف.

والفرق أن الوجوب ههنا من جهة واحدة، والأداء من جهة، فلو مرفته وجعلنا بعضه من جهة نفسه وبعضه من جهة صاحبه لأبطالناه، لأن الضمان بهما الكتابة لا يصح، فصار الوجوب والأداء من جهة واحدة، فلم يكن لواحد منهما حجة على صاحبه إلا أنه

عليه مثلها فاستويا، فجاز أن يرجع أحدهما على صاحبه، كالكفيلين بمال واحد، كل واحد كفيل ضامن عن صاحبه فإن الجميع يستحق على كل واحد بجهة واحدة، مما أدى أحدهما يرجع بنصفه على صاحبه.

وليس كذلك الشراء، لأن الوجوب بجهتين بعضه من الضمان، وبعضه من الأجل، والكفالة بالثمن جائزة فمن حيث يجعله في الجهتين لا يطله، فلو جعلنا نصف المؤدى عن صاحبه، لكان له أن يجعل عن هذا فصار من حيث يرجع يرجع عليه فلا يرجع.

٢٧٩- إذا مات المكاتب وترك ولدًا ولد في الكتابة يسعى في الكتابة على النجوم. ولو كاتب عبده على نفسه وعلى الغائب، ثم مات الحاضر فإنه يؤدي الغائب حالًا. والفرق أن للأولاد حقًا في عقد الأب، بدليل أنهم يعتقون بأدائه وله يد عليهم، والأجل من حقوق العقد، فقد جر نفعًا إليهم باشتراط الأجل فيه، فإذا جر نفعًا إليهم وله يد عليهم صح. ولم يسقط بموته كالمكتقط إذا قبل الهبة للقيط ثم مات.

وأما الحاضر فإنه لا يد له على الغائب، فقد جر نفعًا إليه من غير يد ولا ولاية فلم يصح، كغير المكتقط إذا قبل الهبة، فإنه لا يصح، فصار الأجل من حق العاقد، فإذا مات بطل فحل المال على الغائب.

٢٨٠- إذا كاتب عبده على نفسه وأولاده الصغار، ثم إن المولى عتق بعضهم رفعت حصته عن مال الكتابة عن الآخرين. ولو كاتب جارية فولدت أولادًا فأعتق بعضهم فإنه لا يرفع عنها شيء من المال.

والفرق أن الأولاد في مسائلتنا موجودون وقت العقد، وقد تناولهم العقد، وملك رقابهم بهذا البدل، فإذا أعتق بعضهم فقد منع التسليم في بعض المعقود عليه فمنع ما يازأه، كما لو كاتب عبيدين كتابة واحدة على ألف درهم ثم أعتق أحدهما رفع عنه حصته، كما لو باع عبيدًا ثم استهلك بعضهم رفع عن المشتري حصته من الثمن. وليس كذلك المولود في الكتابة، لأن العقد لا يتناولهم، وإنما لحقوا العقد تبعًا للأم، فمن مات منهم جعل كأنه لم يكن، فكذلك من أعتق منهم جعل كأنه لم يكن، فلم يمنع المعقود عليه فلا يمنع ما يازأه شيء من البدل.

٢٨١- رجل كاتب عبدًا له وامرأته مكاتبه واحدة على أنفسهما وعلى أولادهما وهم صغار، ثم إن إنسانًا قتل الولد فإن قيمته للأبوين جميعًا يستعينان بها في مكاتبتهما. ولو كاتب عبده وامرأته مكاتبه واحدة، ثم ولدت ولدًا فقتل الولد فإن قيمته تكون للأم.

والفرق أن ههنا لحق الولد عقد الكتابة بالشرط وهما قد استويا في الشرط ناستويا فيه وفي بدله.

وفي الولد المولود في الكتابة الولد لحق العقد بالولادة، وقد انفردت الأم بالولادة، فانفردت بثبوت الحق فيه وفي بدله.

٢٨٢- إذا كاتب عبداً له وامرأته على أنفسهما وأولادهما، ثم مات الولد وترك مالا فماله للأبوين.

ولو كان حياً لم يكن للأبوين على ماله سبيل.

والفرق بين حالة الحياة والوفاة أن قبول الأب على ولده إنما يجوز فيما ينفعه، ولا يجوز فيما يضره، ألا ترى أن الولد يعتق ولا يلزمه ضمان، فلو جوزنا له أن يأخذ شيئاً من كسبه حالة الحياة لكان فيه إضراراً بالولد، وهذا لا يجوز.

وأما بعد الموت لو جوزنا لهما الأخذ لم يؤد إلى الإضرار، فجاز لهما ذلك.

٢٨٣- إذا كاتب الوصي عبد الصغير قبل بلوغه، كان للصغير قبض مال الكتابة.

ولو باع شيئاً من مال الصبي، ثم بلغ الصبي - فإنه لا يقبض المال، بل الوصي هو الذي يقبض المال.

والفرق أن الوصي ليس يقبض مال الكتابة بحق العقد، لأن عقد الكتابة لا يوجب تعليق العهدة بالعاقدة، وإنما يوجب تعليقها بالمعقود له، ألا ترى أنه لو وكل وكيلاً بالكتابة فكاتب لم يكن له قبض المال، وإذا لم يكن له قبضه بحق العقد صار قبضه كالولاية على الصغير، وقد زالت ولايته بالبلوغ فزال الحق.

وفي البيع قبض الثمن بحق العقد، لأن حقوق العقد في باب البيع يتعلق بالعاقدة، والعقد باق فبقي موجب، فكان له قبضه فافترقا من هذا الوجه.

٢٨٤- إذا جنت أمة المكاتب جناية فوطئها المكاتب كان اختياراً للجناية.

ولو أن حرّاً له أمة جنت فوطئها لا يكون اختياراً.

قال القاضي الإمام رحمه الله: يجوز أن تحمل مسألة المكاتب على أنه وطئها فأعتقها، وفي جناية أمة الحر كذلك، وإن لم يحمل على هذا.

فوجه الفرق أن الوطء حرام على المكاتب، فصار جناية، ولو جنى عليها كان مختاراً، كذلك هذا.

وليس كذلك أمة الحر، لأن الجناية لا تحرم وطأها عليه فقد استوفى منفعته حلالاً لم يوجب نقصاناً فيها ولم يسع الدفع فلم يصير مختاراً كما لو استخدمه.

٢٨٥- إذا مات المكاتب وترك ولداً وعليه دين فسعى الولد في مال الكتابة وعق لم يكن للغرماء أن يأخذوا من المولى ما أخذ، ولو مات المكاتب وعليه دين وحنف مالا ففضى بعض الغرماء دون بعض، أو قضى مال الكتابة كان للغرماء أن يتعسفوا به، فيأخذوا منه حصصهم.

والفرق أن الديون كلها على الولد، فهذا صحيح يقضى بعض ما عليه من الديون دون بعض فلم يكن لبعض الغرماء على القابض من سبيل، كالحر إذا قضى بعض غرمائه، وليس كذلك المكاتب إذا مات لأنه لما مات تعلق حق الغرماء بتركه، فإذا قضى بعضاً دون بعض فقد قطع حق الباقيين، وهذا لا يجوز كالمريض إذا قضى بعض غرمائه دون بعض فإنه لا يجوز، كذلك هذا.

٢٨٦- رجلان كاتباً عبداً بينهما مكتابة واحدة، فأدى نصيب أحدهما لم يعق نصيبه، ما لم يؤد جميع مال الكتابة.

ولو وهب له نصيبه من الكتابة عتق.

والفرق أنه لما أوفى أحدهما نصيبه فطلب الآخر مال المكتابة لم ينقطع عن المكتابة، لأنه إذا قبض منه حصته كان لشريكه أن يأخذ منه نصفه ثم يرجع على المكاتب بما قبض للشريك منه، ثم يرجع الشريك بنصف ما قبض ثانياً حتى يستوفي كل واحد منهما كمال حصته، فثبت أن طلبه بمال الكتابة لم ينقطع عن المكاتب، وبقاء الطلب بمال الكتابة على العبد يمنع عتقه، كما لو بقي جميع المال عليه.

وأما إذا وهب منه نصيبه فطلبه بمال الكتابة ينقطع، لأنه لا يجوز له المطالبة بشيء بعد الإبراء، فعتق المكاتب، كما لو أدى جميع المال.

٢٨٧- إذا كاتب على نصف عبده ثم باعه النصف الباقي من نفسه فللعبد الخيار إن شاء عجز نفسه وسعى في نصف قيمته، وإن شاء مضى على الكتابة، فإن اختار المضى على الكتابة، فأدى بعض الكتابة، ثم عجز وجبت عليه نصف القيمة، وحسب له ما أدى من مال الكتابة من القيمة، وسعى فيما بقي من نصف قيمته.

ولو كاتب عبده فأدى بعض مال الكتابة، ثم عجز ثم كاتبه ثانياً لم يحسب له ما أدى أولاً إلى المولى.

والفرق أن عجزه لم يعده إلى الرق، بدليل أن ما يوجب إخراجه إلى الحرية بالسعاية باق وهو ثبوت العتق في نصفه، فكأنه لم يعجز، ولو لم يعجز يحسب له ذلك المولى، كذلك هذا.

وليس كذلك المكاتب، لأنه بالعجز عاد إلى حالة الرق، بدليل جواز بيعه وتصرفه فيه، فكأنه لم يكن والأداء وقع على حكم ذلك العقد، فصار كأن العقد والأداء لم يكن. ولو لم يكن ذلك لوجبت السعاية في الجميع، كذلك هذا.

٢٨٨- رجل كاتب أمته، وعليها دين فولدت ولداً، وأدت الكتابة، وعنت فللغرماء أن يأخذوا المكاتب من السيد، ويضمنه قيمة الجارية، إن كانت أقل من الدين ضمنوه، ويرجعون بفضل دينهم إن شاءوا على الأم، وإن شاءوا على الولد إلا أنهم لا يأخذون الولد بعد العتق بأكثر من قيمة واحدة.

ولو ماتت المكاتب وتركت ولداً وعليها دين وكتابة يسعى الولد في جميع الديون. والفرق أن حق الغرماء معلق برقبة الأم، وسرى إلى رقبة الولد وتعلق بها، بدليل أنهم لو حضروا قبل الكتابة كان لهم أن يبيعوا الجارية والولد، والحق إذا تعلق بالرقبة فإذا اعتقت الرقبة لا يلزمه أكثر من قيمة واحدة، كما لو أعتق الرجل عبده في حال مرضه وعليه دين مستغرق ولا مال له غيره، فإن العبد يسعى في قيمة نفسه فقط، كذلك هذا. وليس كذلك ولد المكاتب، لأن الحق لم يتعلق برقبة الأم، لأنه لا يستحق بيعها فلم يثبت في رقبة الولد، فثبت في ذمته والذمة تتسع للحقوق كلها، فجاز أن يسعى في الجميع.

٢٨٩- ذمي كاتب عبداً له كافرًا على خمر فأسلم العبد فعليه قيمة الخمر. ولو اشترى ذمي من ذمي عبداً بخمر ثم أسلما أو أسلم أحدهما بطل البيع. والفرق أن عقد الكتابة ينعقد بالشيء وبقيمته، لأنه لو كاتب على حيوان فأتاه بالقيمة، أجبر على قبولها، وإذا جاز أن يتدئ العقد بالقيمة جاز أن يستسعى بها. وليس كذلك البيع، لأن عقد البيع لا ينعقد بالشيء وبقيمته، لأنه لو باع شيئاً فأتى بقيمته لا يجبر على قبولها، فإذا لم يجز أن يتدئ عقد البيع بالقيمة لم يجز أن يستسعى بها.

٢٩٠- لا يجوز للمكاتب أن يتكفل، وإن أذن له المولى، والعبد والمحجور عليه إذا كفل بإذن المولى جاز.

والفرق أن المانع من جواز الكفالة عقد الكتابة لا حق المولى، بدليل أن المولى لو أقر عليه بكفالة لم يجز، والكتابة تبقى مع الإذن فقد بقي المانع من جوازه فلم يجز، كما لو مات رجل وعليه دين مستغرق لتركته فاعتق الورثة عبداً من التركة فأجازوه الغرماء فإنه لا يجوز، لأن المانع من جوازه وجوب الدين على الميت لا حق الغرماء والدين يبقى مع

إذهم، فبقي المانع من جوازه فلم يجز، كذلك هذا.

وليس كذلك العبد، لأن المانع من جواز كفالته حق المولى، لأنه لو أقر عليه بكفالة صح، وقد زال حقه بالإذن فزال المانع من جوازه فجاز، كما قلنا في حق الأجنبي إذا كفل عن الأجنبي لا يثبت له الرجوع عليه بغير أمره لحقه، فإذا أذن له فيه نفذ، كذلك هذا.

٢٩١- إذا قال المولى لرجل: إذا أدبت إلي ألفاً فما في بطن أمتي حر، فأدى فرضت لأقل من ستة أشهر عتق الولد، ورجع الدافع بماله على المولى وكذلك إذا قال رجل لآخر: أعتق عبدك على ألف أودي إليك، ففعل فإنه لا يستحق المال عليه، ويرد عليه إذا أخذ منه.

ولو قال رجل لآخر: طلق امرأتك على أن أدفع لك ألفاً ففعل استحق الألف، وإذا دفع لا يرجع على الزوج، وكذلك لو قال لولي الأم: اعف عن القاتل وعلي ألف أدفع إليك، ففعل استحق المال عليه.

والفرق أن منفعة العتق تحصل للمولى، وهو الثواب على الله تعالى والولاء يثبت منه، فقد بذل له المال على فعل فعله لنفسه وحصلت منفعته له فلا يصح البذل ويرجع بالمال عليه، كما لو قال لآخر: كل طعامك على أي ضامن لك، أو البس ثوبك على أي ضامن لك ففعل، فإنه لا يستحق به شيئاً، كذلك هذا.

وليس كذلك الطلاق، لأنه لا منفعة للزوج في طلاق امرأته، وإنما يتضرر به، وكذلك في العفو عن دم العمد والمنفعة فيه للقاتل وفي الطلاق للمرأة، فقد بذل المال لفعل يفعله لغيره وتحصل منفعته لغيره فجاز واستحق المال كما لو قال: تصدق على الفقراء بألف درهم على أي ضامن لها، أو هب لفلان كذا على أي ضامن له ففعل، فإنه يجوز ويكون المال عليه، كذلك هذا.

٢٩٢- إذا قال المكاتب: إذا اعتقت فقد أوصيت بثلث ملكي لفلان، فمات عن وفاء لم تجز وصيته. فإن أجاز ورثته نفذ وصيته، فلهم أن يرجعوا فيه قبل أن يدفعوه إلى الموصى له، وكذلك إذا أوصى رجل بمال لغيره لفلان فأجاز ماله فإن له أن يرجع عنه بعد الإجازة.

ولو أوصى الحر بأكثر من ثلث ماله لرجل، ومات وأجازوا الورثة، ثم أرادوا أن يرجعوا فيه لم يكن لهم ذلك.

والفرق أن في باب الحر إذا أوصى بأكثر من ثلثه فالتعقد وقع لنفسه، فأوجب أن يكون الملك فيه مستفاداً من جهته، لأن الملك له في حال الوصية إلا أنه قد امتنع تعاذه

لحق الغير، فإذا زال حق الغير بالإجازة بقي العقد واقعاً عنه، ولم يتغير بالإجازة، كالعبد إذا تزوج بغير إذن المولى، فإذا أجازاه المولى وقع به العقد عن العبد، ولم يتغير بالإجازة كذلك هذا.

وأما في باب المكاتب فإن عقده لم يوجب أن يكون الملك مستفاداً من جهته، ولا أن يكون العقد واقعاً عنه، لأنه لا يملك ذلك المال، وكذلك إذا أوصى فصار ذاهبة مبتدأه وتعليقاً مستقلاً من جهتهم فإن سلموه جاز وتم، وإن لم يسلموه بقي على خيارهم، كذلك هذا.

٢٩٣- إذا زوج المكاتب أمته من عبده لم يجز.

وإن زوج الحر أمته من عبده جاز.

والفرق أننا لو جوزنا العقد لم يوجب المهر، لأنه يستحيل أن يجب له على عبده ضمان، فصار ذلك تبرعاً وتبرع المكاتب لا يجوز.

وأما إذا زوج الحر أمته من عبده فلو جوزنا العقد لم يوجب المهر، فصار متبرعاً، وتبرع الحر جائز.

٢٩٤- إذا عجز المكاتب أو مات كان ذلك عجزاً على عبيده.

وموت الإمام الأعظم لا يوجب عزل خلفائه.

والفرق أنه بالعجز سقط أمره، وكذلك بالموت، وإذا سقط أمره سقط أمر من يتصرف من جهته، كالموكل إذا مات انعزل وكيله، كذلك هذا.

وليس كذلك إذا مات الخليفة، لأنه يتصرف للمسلمين فصار توليه من جهة المسلمين وهم باقون فقد بقي من يتصرف هذا الوالي من جهته فبقي على ولايته.

٢٩٥- إذا كاتب أمته على أنه بالخيار، فولدت ثم أعتق الأم فهو فسخ للعقد ولا يعتق الولد معها. ولو كان الخيار للمكاتبة فأعتقها عتق الولد معها.

والفرق أنه إذا كان الخيار له فإن له فسخ العقد، لأن شرط الخيار له يمنع زوال ملكه، وهو فعل ما دل على الفسخ فلم يكن تميمًا للعقد، وصار فسخاً فانفسخ العقد، وصار كما لو لم يكن، فكأنها جارية له ولها ولد، فأعتقها فإنه لا يعتق ولدها معها، كذلك هذا.

وليس كذلك إذا كان الخيار لها فأعتقها، فهذا لا يمكن أن يجعل فسخاً للعقد، لأنه ليس له الفسخ إذا كان الخيار لها وإذا لم يكن فسخاً للعقد صار تميمًا للعقد الكتابة وتتميم عقد الكتابة يوجب أن يتبعها ولدها في العتق، كما لو أدت المال وعتقت فإنه

يعتق ولدها معها، كذلك هذا.

٢٩٦- ليس للمكاتب أن يفاوض وللحر ذلك.

والفرق أن شركة المفاوضة تقتضي أن يكون كل واحد من المتفاوضين ضامناً عن صاحبه بما يلحقه من ضمان، وضمان المكاتب لا يجوز، لأنه تبرع.

وليس كذلك الحر، لأنه يصير ضامناً وضمانه جائز، ولأن المفاوضة تقتضي استوائهما في الضمان والتصرف، وهما لا يستويان في التصرف، لأن تصرف الحر يجوز في المفاوضات والتبرعات جميعاً، وتبرع المكاتب لا يجوز، وإذا لم يستويا في التصرف لم ينقذ الضمان بينهما بخلاف الحر.

٢٩٧- إذا والى رجل رجلاً ثم ولد له من امرأته ولد وقد والت رجلاً فولاء الولد لمولى الأب، وكذلك إن كانت والت وهي حبلية.

ولا يشبه هذا ولاء العتاقة والفرق أن ثبوت ولاء الموالاة بالعقد، وعقدها لا يجوز على ولدها، لأنه لا ولاية لها عليه، فلم يجز عقدها عليه فلم يكتمل للولد ولاء بنفسه فكان إلحاقه بالأب أولى كالنسب.

وليس كذلك ولاء العتاقة، لأن ثبوته بالعتق وهو بإعتاق الأم صار معتقاً للجنين، فثبت ولاؤه من المعتق، فصار له ولاء بنفسه فلم يتبع غيره، فكان مولى للمعتق.

٢٩٨- المأذون إذا كاتب عبداً بإذن المولى، ثم أعتقه مولاه، ثم أدى المكاتب الكتابة - عتق وولاؤه للمولى، ولا يجوز للبعد المعتق الولاء.

ولو كاتب المكاتب عبداً فأدى الأول وعتق، ثم أدى الثاني والأول حر فإن ولاءه له.

والفرق أن عقد المأذون وقع للمولى، لأنه تم بإذنه فكان المولى هو الذي كاتب بنفسه ثم أدى الكتابة، ولو كان كذلك كان الولاء للمولى، كذلك هذا.

وليس كذلك المكاتب، لأن العقد يقع له، لأنه لا يحتاج إلى إذن المولى، فإذا أذاه المكاتب الثاني وهو حر صار كأنه كاتبه وهو حر، ولو كان كذلك كان الولاء له، كذلك هذا.

٢٩٩- وللصبي أن يكاتب عبده بإذن أبيه أو وصيه.

وليس له أن يعتقه على مال. والفرق أن الكتابة عقد معاوضة يلحق انقضاء والفسخ فكان له أن يتولاه بإذن الأب، كالبيع.

وليس كذلك العتق، لأنه لا يلحقه النقص والفسخ، وليس للأب أن يتولاه ولا

يجوز للصبي أيضاً أن يفعله بإذنه كالطلاق، ولأن في الكتابة أمن الضرر، لأنه لا يخلو إما أن يؤدي فيعتق فيحصل له بدل الرقبة، أو يعجز فيعود رقيقاً كما كان، وإذا أمن الضرر فيه كان له أن يتولاه بإذن الأب، كالبيع.

وليس كذلك العتق على مال، لأنه لا يؤمن من الضرر فيه، لأنه يعتق في الحال، ويجوز أن لا يقدر على أداء المال فيتوى ذلك المال عليه، وإذا لم يؤمن الضرر فيه لم يجز، ولأن العتق تبرع فاشتراط المال البدل فيه لا يخرج منه من جنسه كالطلاق والهبة، وتبرعه لا يجوز.

وليس كذلك الكتابة لأنها ليست بتبرع فجاز أن ينفذ عقده.

٣٠ - إذا قال المولى لمكاتبه: أبرأتك عن مال الكتابة، فقال: قد رددت بعتي، ولم يرد عن هذا، ذكر عن أبي يوسف أن المال يكون ديناً عليه، ولم يرد عن محمد خلافه. ولو قال: أبرأتك عن نصف مال الكتابة، فقال: رددت، لا يعتق شيء منه.

وجه الفرق أن الإبراء إيجاب حق، وليس فيه استيجاب، فلا يحتاج إلى القبول ويرتد بالرد كالإقرار فإذا أبرأه سقط مال الكتابة عنه، وسقوط مال الكتابة عنه يوجب عتقه فإذا قال: رددت، بطل الإبراء برده كما لو رد الإقرار يعاد المال إليه كذلك ههنا، ووجوب الدين بعد وقوع العتق لا يوجب إبطاله، كما لو أدى مال الكتابة فوجده زيوفاً فرده فإنه لا يبطل العتق ويعود المال إليه كذلك هذا.

وليس كذلك إذا أبرأ عن نصفه، لأن البراءة عن بعض المال توجب سقوطه، فصار كالاستيفاء، ولو استوفى بعض مال الكتابة لم يعتق بشيء كذلك هذا.

كتاب الأيمان والنذور والكفارات

٣٠١ - إذا حلف على امرأته أن لا تخرج من الدار إلا أن يأذن لها، فخرجت مرة بإذنه ومرة بغير إذنه لم يحنث، ويكون بمنزلة قوله حتى آذن. ولو قال: أنت طالق إلا أن يقدم فلان، كان ذلك بمعنى الشرط فإن قدم لم تطلق، وإلا طلقت.

والفرق أن قوله «إلا أن» يكون في كلام العرب بمعنى الغاية كقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَقَطَّعَ قُلُوبُهُمْ﴾ [التوبة: ١١٠]، وقد يكون بمعنى الشرط كقوله تعالى: ﴿لَا تَدْخُلُوا بُيُوتَ النَّبِيِّ إِلَّا أَنْ يُؤْذَنَ لَكُمْ﴾ [الأحراب: ٥٣]، بمعنى إن لم يؤذن لكم، فإذا احتمل أن يكون بمعنى الشرط، واحتمل أن يكون بمعنى الغاية كان في حمله على الشرط

منع لزوم حكمه في الحال، لأنه بصير كأنه قال: إن لم آذن لك فأنت طالق إن خرجت من الدار، فيكون تعليق بيمين بالشرط، واليمين المعلقة بالشرط لا يلزم إلا عند وجوده. كالجاء المعلق بالشرط، والرجل إنما قصد بكلامه اللزوم في الظاهر فلا يمنع لزومه، وفي حمله على الغاية قصد تصحيحها لأن ضرب الغايات في الإيمان يصح، ألا ترى أنه لو قال: إن دخلت الدار في شهر فأنت طالق صح، ويلزمه حكمه في الحال، فحمل على معنى الغاية، فصار كأنه قال: إن خرجت من الدار حتى آذن لك فأنت طالق، فإذا آذن لها مرة وجدت الغاية فارتفعت اليمين.

وليس كذلك قوله: أنت طالق إلا أن يقدم فلان، لأن «إلا أن» يحتمل المعنيين. وفي حمله على الغاية إلغاؤه، لأنه يكون توقيفًا للطلاق، والطلاق إذا وقت تأيد، فلا يصح التوقيت فيه فلا يحمل عليه، وفي حمله على معنى الشرط تصحيحه، لأنه يكون تعليق الطلاق بالشرط وتعليق الطلاق بالشرط يصح، فصار كأنه قال: أنت طالق إن لم يقدم فلان، فإن قدم وإلا طلقت.

٣٠٢- وإذا حلف لا يدخل بيتًا وهو فيه داخل فمكث أيامًا لا يحنث.

ولو حلف لا يسكن هذه الدار وهو فيها ساكن، فأقام فيها حنث^(١).

والفرق أن الدخول عبارة عن الانفصال من الخارج إلى الداخل والبقاء على الدخول لا يسمى دخولاً لأنه لا يقال دخلت الدار شهراً فلم يوجد ما نفاه بعقده، فلا يحنث.

وليس كذلك السكنى، لأن البقاء على السكنى سكنى مبتدأ، بدليل أنه يصح أن يقول سكنت الدار شهراً، فصار كالمبتدئ سكنى بعد سكنى فوجد ما نفاه بعقده، فحنث في يمينه.

٣٠٣- إذا حلف أن لا يذوق شراباً وهو يعني النبيذ فأكله لم يحنث.

ولو حلف لا يذوق لبناً فأكله أو شربه حنث.

والفرق أن الذوق يطلق ويراد به الشرب، قال الله تعالى: ﴿لَا يَذُوقُونَ فِيهَا بَرْدًا وَلَا شَرَابًا﴾ [النبا: ٢٤] والمراد به الشرب، ويطلق ويراد به الأكل يقال: ما ذقت اليوم طعاماً، أي ما أكلت اليوم شيئاً، فإذا نوى النبيذ انصرف إلى المعتاد منه، والمعتاد من النبيذ الشرب، فكأنه صرح به، فإذا أكل لم يحنث، وإذا نوى اللبن انصرف إلى المعتاد منه

(١) انظر المبسوط للشيباني (٢٦٤/٣) وللرخسي (١٧٠/٨).

والمعتاد منه أن اللبن يشرب تارة، ويؤكل أخرى، فإذا أكل أو شرب حنث، لأنه فعل ما نفاه بعقده.

٤-٣- إذا حلف أن لا يلبس هذا القميص فجعل منه قباء فلبسه لم يحنث^(١).

ولو حلف لا يكلم هذا الشاب فصار شيخاً فكلمه يحنث^(٢).
والفرق أن عقد اليمين لم يتناول الصفة في مسألة الشاب، لأنه لا يتمتع من كلامه لكونه شاباً، وإنما امتنع من كلامه لأجل عينه، والعين باقية فإذا كلمه فقد وجد ما نفاه بعقده فحنث.

وليس كذلك القميص لأن العقد وقع على الصفة، لأن الرجل يتمتع عن لبس القميص لكونه قميصاً، فإذا اتخذ منه قباء أزال تلك الصفة، والمقصود من كل واحد منهما غير ما في الآخر، فقد علق اليمين بصفة، وقد زالت وتبدل ذلك الاسم، وتجدد اسم آخر، فصار كما لو زالت العين وتجددت عين أخرى، ولو كان كذلك لم يحنث كذلك هذا.

٥-٣- إذا حلف لا يلبس ثوباً من غزل فلانة فلبس ثوباً من غزلها وغزل أخرى معها لم يحنث، وكذلك لو حلف ألا يركب دابة لفلان، فركب دابة مشتركة بين فلان وغيره لم يحنث.

ولو حلف لا يأكل طعاماً اشتراه فلان فأكل طعاماً اشتراه فلان مع غيره حنث.
والفرق أن المنفي ما يسمى ثوباً من غزل فلانة وبعض الثوب لا يسمى ثوباً، فلم يوجد ما نفاه بعقده فلم يحنث، وكذلك المنفي ركوب دابة تنسب إلى فلان، وبعض الدابة لا يسمى دابة، فلم يوجد ما نفاه بعقده، فلم يحنث.

وليس كذلك إذا قال: لا أكل من طعام اشتراه فلان، لأن المنفي أكل طعام عقد فلان عليه عقد الشراء، وبعض الطعام يسمى طعاماً، فوجد ما نفاه بعقده فحنث.

٦-٣- إذا حلف لا يلبس ثوباً وسماه بعينه، فأنزله به أو ارتدى به حنث.

ولو حلف لا يلبس قميصاً، فارتدى بقميص، أو أنزله به لم يحنث.

وجه الفرق أنه عقد على ثوب موصوف غير معين، فأنعقد العقد بتلك الصفة، كما لو حلف لا يكلم شاباً فكلم شيخاً كان شاباً وقت يمينه لم يحنث، وإذا انعقد العقد

(١) انظر المبسوط للشيباني (٣/٣٢٧) وفتاوى السعدي (١/٤٠١) وبدائع الصنائع (٣/٦٩).

(٢) انظر المبسوط للشيباني (٣/٣٧١) وللسرخسي (٩/١٨).

بالصفة فانصرف يمينه إلى المعتاد لبسه، فإذا ارتدى به فلم يلبسه لبسًا معتادًا، فلم يحث.
وليس كذلك إذا قال: لا ألبس هذا القميص، لأن العقد وقع على العين، والعين
باقية والاسم باق فانعقد العقد به دون الصفة، كما لو حلف لا يكلم هذا الشاب انعقد
اليمين بالعين دون الصفة، كذلك هذا، فصار كأنه قال: لا ألبس شيئًا، فإذا لبسه حث.
سواء لبسه لبس القميص أو الإزار، كذلك هذا.

٣٠٧- إذا حلف لا يبيع ثوبًا فأمر غيره حتى باع، أو حلف لا يشتري فأمر غيره
فاشتري لم يحث.

ولو حلف لا يتزوج، فأمر غيره فزوجه امرأة حث.
والفرق أنه نفى عقدًا يضاف إليه وتعلق حقوقه به، ألا ترى أنه لو باشره بنفسه
حث لهذا المعنى، وحقوق العقد في باب الشراء تتعلق بالعاقدة، ولا تتعلق بمن وقع العقد
له فلم يوجد بتلك الصفة فلا يحث.

وليس كذلك النكاح، لأنه نفى عقدًا يضاف إليه وتعلق حقوقه به، والوكيل في
النكاح لا يضيف العقد إلى نفسه، وإنما يضيفه إلى الموكل، ولم يتعلق حقوقه به، فوجد ما
نفاه بعقده فحث.

٣٠٨- غير السلطان ممن يتولى التصرف بنفسه إذا حلف ليضربن حرًا، فأمر غيره
فضربه لم يبر في يمينه.

ولو حلف ليضربن عبده فأمر غيره فضربه بر في يمينه.
والفرق أن ضربه للحر لا يصير له بالأمر، بدليل أنه لو مات من ضرب الضارب
لوجب ضمانه على الضارب دون الأمر، وإذا لم يقع ضربه له لم يوجد شرط بره فحث.
وليس كذلك العبد، لأن ضرب عبده يصير له بالأمر، بدليل أنه لو مات من ضربه
لا ضمان على الضارب، وإذا وقع فعله له فقد وجد شرط بره فلم يحث في يمينه، وأما
القاضي والسلطان فلا يباشران الضرب بأنفسهما، فالضرب نسب إلى الأمر، فدخل في
الاسم فبر سواء كان عبدًا أو حرًا.

٣٠٩- إذا قال: أي غلماني بشري بكذا فهو حر، فبشره واحد ثم آخر عتق الأول
دون الثاني^(١).

(١) انظر البحر (٢٤٥/٣) والمبسوط للسرخسي (١٨٣/٨) والبدائع (٦٣/٢) وشرح فتح القدير
(٤٥٤/٣).

ولو قال: أي غلماي أخبرني بكذا، فأخبره واحد، ثم آخر عتقا.
والفرق أن البشارة اسم للخبر السار الصدق الذي يقع به الاستبشار، وهذا المعنى يحصل من الأول دون الثاني، فلم يوجد شرط حثه في الثاني، فلا يحث.
وليس كذلك الإخبار، لأن الإخبار هو أن ينظم بين الاسم والفعل كما يقال: قدم زيد وخرج عمرو، والإخبار يصح مع كون المخبر به، قال الله تعالى: ﴿أَنْبِئُونِي بِأَسْمَاءِ هَؤُلَاءِ﴾ [البقرة: ٣١] وهو كان عالماً بأسمائهم فدل على أن الإخبار يصح مع كون المخبر به عالماً، فوجد في الثاني مثل ما وجد في الأول فعتقا جميعاً.
٣١٠ - إذا قال: والله لا أكلم مولاك، وله موليان أعلى وأسفل، فأبهما كلم حث.
ولو قال: أوصيت لمولاك، وله موليان أعلى وأسفل لم تصح الوصية على إحدى الروايات.

والفرق أن الأعلى والأسفل يدخلان تحت هذا الاسم والمقصود باليمين واحد منهما، وكل واحد يدخل تحت هذا اللفظ بمعنى يدخل الآخر تحته، فصار المقصود له بالعقد مجهولاً ونفي كلام المجهول جائز كما لو قال: لا أكلم رجلاً من الناس.
وليس كذلك الوصية، لأن المقصود بالوصية للمولى الأعلى: المجازاة والمكافأة، والوصية للأسفل: النعمة عليه، وهما معنيان مختلفان فصار المقصود بالعقد مجهولاً، والوصية للمجهول لا تصح كما قال أوصيت لواحد من الناس فإنه لا يصح، كذلك هذا.
٣١١ - إذا قال لأمة: إن باعك فلان فأنت حرة، فباعها من فلان، ثم اشتراها منه لم تعتق.

ولو قال: إن اشتريتك فأنت حرة، فاشتراها لنفسه عتقت.
والفرق أن المالك أضاف عتقها إلى البيع، والبيع من فعل غيره، وفعل الغير قد يقع لنفسه، ويقع لغيره، فيجوز أن يبيعها منه، ويجوز أن يبيعها من غيره فلم يكن مضيئاً العتق إلى ملكه فلم يعتق، كما لو قال لعبد غيره: إن دخلت الدار فأنت حر، فاشتراه ودخلها لم يعتق، كذلك هذا.

وليس كذلك قوله: إن اشتريتك، لأنه أضاف العتق إلى فعل نفسه، وفعل الإنسان يقع لنفسه في الظاهر، فصار كأنه قال: إن اشتريتك لنفسي فأنت حر، فإذا اشتراها لنفسه لزمه فقد أضاف العتق إلى فعل نفسه، فعتق.

٣١٢ - رجل قال لعبده: أنت حر إن دخلت هذه الدار، فقال آخر: علي مثل ذلك إن دخل هذه الدار، فدخل الثاني لم يعتق عبده.

ولو أن رجلاً قال: عليّ نسمة إن دخلت هذه الدار، فقال آخر: عليّ مثل بيتك إن دخلت هذه الدار، فهذا لازم للأول والثاني.

والفرق أن في المسألة الأولى اعتق عبده عند دخول الدار، ولم يوجب عتقاً في ذمته، والأول لو اشترى عبداً فأعتقه لم يبرأ عن يمينه، ولو قلنا إنه يلزم الثاني يبرأ بأن يشتري عبداً فيعتقه، فلم يكن الثاني مثل الأول فلا يلزمه.

وليس كذلك الفصل الثاني، لأن الأول أوجب في ذمته عتق عبد غير معين، واعتق مما يلزم بالنذر، والثاني أوجب مثل ما أوجه الأول، نلو أوجبنا في ذمته كان كمثل ما أوجه الأول، فجاز أن يلزمه.

٣١٣- وإن حلف لا يأكل حنطة فأكل حنطة فيها شعير أو شعيراً فيه حنطة حنث.

ولو حلف لا يشتري حنطة فاشترى شعيراً فيه حبات حنطة لا يحنث.

والفرق أن المقصود بيمينه أكل الحنطة والأكل فعل وبعض الفعل لا يكون تبعاً للبعض، وكل حبة منها تقصد بالأكل، فوجد ما نفاه بعقده، فحنث.

وليس كذلك الشراء لأن النفي القصد إلى العقد على الحنطة، والشراء قول فيتبع بعض ما يتضمنه بعضاً، والحنطة الواحدة في أثناء الشعير لا يقصد بالشراء، وإنما يدخل فيه تبعاً، فلم يقصد الحبة بالشراء وإنما يدخل فيه تبعاً، فلم يوجد ما نفاه بعقده، فلا يحنث في يمينه، كما لو حلف لا يشتري مسماراً فاشترى داراً على أبوابها مسمار لا يحنث، كذلك هذا.

٣١٤- إذا حلف لا يشرب لبن هذه الشاة، فخلط لبنها بلبن ضأن أو ماعز فشربه حنث^(١).

ولو حلف لا يشرب لبن ضأن فخلطه بلبن ماعز فإنه ينظر إن كان الغالب لبن الماعز، فإذا شربه لم يحنث، وإن كان الغالب لبن الضأن فإذا شربه حنث.

والفرق أن يمينه وقع على اللبن، واختلاط لبن الماعز بلبن الضأن لا يسلبه اسم اللبن، فبقي الاسم عليه، فقد شرب اللبن المنقي مع غيره فحنث في يمينه، كما لو قال: لا أكل هذا الثمر، فأكله مع غيره حنث.

وليس كذلك إذا قال: لا أشرب لبن ضأن، لأنه عقد على موصوف وهو ألا

(١) انظر شرح فتح القدير (٤٥٤/٣).

يشرب لبن الضأن واختلاط لبن الضأن بلبن الماعز إذا غلب عليه يسلبه اسم لبن الضأن، لأن الاسم للغالب فلم يوجد المشروب بذلك الاسم، فلم يحنث كما لو حلف لا يشرب ماء فشرب لبنًا فيه قطرة ماء لم يحنث، كذلك هذا^(١).

٣١٥- إذا حلف لا يأكل لحم هذا الجزور اليوم فأكل بعضه حنث.

ولو حلف لا يشتري لحم هذا الجزور فاشترى بعضه لم يحنث.

والفرق أن أكل جميع لحم الجزور دفعة واحدة لا يمكنه، فانصرف يمينه إلى المتأني منه، وهو البعض، فإذا أكل البعض حنث، كما لو قال: لا أتزوج النساء فتزوج واحدة حنث.

وليس كذلك الشراء، لأن لحم الجزور مما يمكن استيعابه بالشراء فانعقد العقد بحقيقته فلا يحنث بوجود بعضه كما لو قال: لا أشرب ماء هذا الكوز، فشرب بعضه لم يحنث، كذلك هذا.

٣١٦- ولو قال: لا أكل من هذين الرغيفين، فأكل أحدهما حنث.

ولو قال: لا أشتري من هذين الرجلين، فاشترى من أحدهما لا يحنث.

والفرق أن من تكون للتبويض وتكون لابتداء الغاية ولا يمكن حملها في الشراء على التبويض لأن البائع لا يتبعض، فلم يبق إلا أن يحمل على ابتداء الغاية، فيجب أن يلاقي شراهما إياهما، فإذا اشترى من أحدهما لم يحنث.

وليس كذلك في الرغيفين، لأن حمل من على التبويض ممكن، إذ الرغيف مما يتبعض فلا ضرورة بنا إلى أن نحمله على ابتداء الغاية، فحملناه على التبويض، فإذا أكل أحدهما فقد أكل بعضهما فحنث.

٣١٧- إذا قال: أول عبد يملكه فهو حر، فملك عبدًا ونصفًا عتق العبد.

ولو قال: أول كر يملكه فهو صدقة، فملك كرًا ونصفًا لم يلزمه شيء.

والفرق أن الأول اسم للسابق المنفرد ونصف العبد لا يسمى عبدًا، والواحد يسمى عبدًا، فهذا الواحد أول عبد ولم يشاركه ما يخرج عنه أن يكون عبدًا، لأن نصف العبد لا يسمى عبدًا فحنث في يمينه.

وليس كذلك الكر، لأن الكر منه لا يسمى أولاً حقيقة، بدليل أنه لو عزل نصفه منه وضم إليه النصف الزائد سمي الجميع كرًا، فلم يكن هذا أول في جميع الأحوال، لجواز

(١) انظر بدائع الصنائع (٢٦/٣).

أن يضيف ذلك النصف إلى نصف هذا، ويعزل نصف هذا فيصير نصف هذا ثانياً ونصف الأول وإذا لم يدخل في اسم أنه أول كر لم يحنث.

٣١٨- إذا قال: إن شئتكم في المسجد فعبدني حر، فشتمه والحالف في المسجد والمحلف عليه خارج المسجد حنث^(١).

ولو قال: إن ضربتك في المسجد فعبدني حر، فضربه والحالف في المسجد والمحلف عليه خارج المسجد حين ضربه لم يحنث.

والفرق أن الشتم قول، والقول على العاقد دون المعقود عليه فدخل في اسم أنه شتمه في المسجد، ألا ترى أنه يقال ذكر الله تعالى في المسجد وصلى على النبي ﷺ فيه، وإن لم يكن النبي في المسجد، فدخل في الاسم فحنث.

وليس كذلك الضرب، لأن الضرب فعل، والفعل على المفعول به، فإن ضربه والمضروب خارج المسجد لم يوجد الفعل الذي نفاه باليمين وهو ضربه في المسجد فلم يحنث والضارب وإن ضربه وهو في المسجد وجد الفعل الذي نفاه في المسجد فحنث.

٣١٩- إذا قال: إن قتلتك يوم الجمعة فعبدني حر، فضربه بعد اليمين يوم الخميس ومات يوم الجمعة حنث.

ولو كان ضربه قبل اليمين ثم مات يوم الجمعة لم يحنث.

والفرق أن المنفي وجود فعل يصير به قاتلاً يوم الجمعة بعد يمينه، فإذا ضربه يوم الخميس، ومات يوم الجمعة بعد يمينه فقد وجد ما نفاه فيحنث.

وليس كذلك إذا وجد الضرب قبل اليمين، لأن المنفي وجود فعل يحصل به تقويت الروح يوم الجمعة بعقده فلا يحنث في يمينه.

٣٢٠- ولو أن رجلاً نظر إلى كر حنطة وألف درهم في يدي رجل آخر فقال: إن بعثك عبدي هذه الألف وهذا الكر فهما صدقة للمساكين، قباع عبده هما، ودفعهما إلى البائع، وقبض المشتري منه العبد فإن البائع يتصدق بالكر، ولا يتصدق بالدراهم.

والفرق أنه عند البيع أوجب التصديق بتلك الحنطة، ولم يوجب التصديق بالدراهم لأن الدراهم لا تتعين في العقد، فقد أضاف الصدقة في الحنطة إلى الملك، ولم يصف إلى الدراهم، فوجب التصديق بالكر دون الدراهم.

(١) انظر البداية (ص ١٠٤) والهداية (٩٥/٢)، والبسوط (٥٩، ١٥٢/٩) ولسان الحكام (ص ٣٩٤) والبدائع (٥١/٧).

فإن قيل إن لم يقع البيع بالدرهم وجب أن لا يحنث، لأنه لم يوجد كمال شرط الحنث.

قلنا: إن العقد بالدرهم هو تسميتها في العقد، لأنه لا يقدر على أن يعقد عقداً على عين الدرهم، فيملكها بنفس العقد، ويقدر على أن يضيف العقد إليهما، فانصرف يمينه إلى الممكن المتأتى، فكأنه قال: إن بعث الكر وسميت الدرهم في العقد فلله علي أن اتصدق بها، فيلزمه التصديق بالكر دون الدرهم، كذلك هذا.

٣٢١- وإذا تزوجها على وصيف أو ثوب بغير عينه، ثم قبلت ابن زوجها بشهوة أو ارتدت عن الإسلام لم يقبض من المهر شيئاً فإنه لا يلزمها التصديق بشيء. ولو كان المهر مكيلاً أو موزوناً بغير عينها وقبضه لزمها التصديق بها.

والفرق أنها قبضت الوصيف على وجه الاستيفاء والقبض على وجه الاستيفاء يكون قبضاً مضموناً، فقد ملكته على وجه الضمان، والزوج قصد تملكها، وتمليك الحيوان على وجه الضمان، فوجب أن يكون مضموناً بالقيمة وأن تكون العين أعدل من القيمة إذا قدر على العين، ألا ترى أنه لو أقرضه ثوباً أو عبداً كان قرضاً مضموناً على القابض بالقيمة وإن قدر على رد العين، كان رد العين أعدل من القيمة، فوجب عليها رد عين الوصيف وعين الثوب فقد استحق عليها عين ما أوجبت التصديق به بغير فعلها فصار كالتلف، فلا يلزمها شيء.

وأما في المكيل والموزون فتتمليك المكيل والموزون على وجه الضمان يوجب أن يكون مضموناً بمثله، وأن يكون القابض بالخيار إن شاء رد عينه، وإن شاء رد قيمته كما لو أقرضه مكيلاً أو موزوناً فلم يكن العين أعدل من المثل عند القدرة فلم يستحق الزوج عليها عين ما قبضته، وإنما لحقها دين ولحوق دين إياها مثل ما وجبت الصدقة فيه لا يسقط الصدقة، فلزمها التصديق.

ووجه آخر إن لو لم يعين الحيوان بالعقد لجعلناه مضموناً بمثله، والحيوان لا يمكن أن يجعل مضموناً بمثله، فجعل استيفاء لعين المعقود عليه كما لو كان مضموناً بنفسه، وما ملك بتضمن نفسه كان عينه أعدل من قيمته، كالبيع بيعاً فاسداً.

وفي السكيل لو لم يعينه جعلناه مضموناً بمثله، ويجوز أن يكون مضموناً بمثله، لأن له مثلاً من جنسه، فكان هو ومثله سواء، فلم يجعل استيفاء لعين المعقود عليه، ولا يلزم على هذا لو غصب حنطة فإنها ما دامت قائمة وجب عليه رد عينها، لأنه لم يوجد فيها تملك، فصار مضموناً بالقبض.

٣٢٢- إذا قال الرجل لأخر: والله لا أكلمك يوماً ولا يومين، فكلمه في اليوم الثالث لم يحنث، وإن كلمه في اليوم الأول والثاني حنث.

وإن قال: لا أكلمك يوماً ويومين، فكلمه في اليوم الثالث حنث.

والفرق أنه أعاد حرف النفي على كل واحد من العقدتين، فصار كل واحد منهما مفرداً بالفعل، كقوله تعالى ﴿لَا يَذُوقُونَ فِيهَا بَرْدًا وَلَا شَرَابًا﴾ [النبا: ٢٤] وقوله ﴿لَا يَسْمَعُونَ فِيهَا لَغْوًا وَلَا تَأْتِيًا﴾ [الواقعة: ٢٥]، ويقول: ما أكلت خبزاً ولا خمّاً أبرد كل واحد بالنفي فكأنه قال: والله لا أكلمك يوماً، ثم قال: والله لا أكلمك يومين ومدة اليمين تراعى من حين العقد، والعقدان وجداً في يوم واحد، فصارت مدة الأولى والثانية من حين حلف وانقضاء مدة اليمين بمضي اليوم الثاني، فلا يحنث بما وراءه.

وليس كذلك إذا قال: يوماً ويومين، لأنه عطف اليومين على الواحد بحرف الجمع ولا يكون كالمفرد كل واحد منهما بالنفي، فكان بالكلام حائثاً.

٣٢٣- لو أن رجلاً قال: عبدي حر إن فارقتك حتى أستوفي مالي عليك، وله عليه مائة درهم فأوفاه مائة درهم، ثم افترقا فوجدها زيوفاً أو مهرجة أو استحققت من يده فقد استوفاهما وير في يمينه.

وإن وجدها ستوقة أو رصاصاً حنث. والفرق أن الزيوف من جنس الدراهم، وهو ما زيفه بيت المال، ولو تجوز به جاز، وكذلك المهرجة والمستحق يدخلان في القضاء، بدليل أن صاحبه لو تجوز به بجوز فدخل في اسم الاستيفاء، وإنما ينص من نقد فيير في يمينه. وأما الستوقة أو الرصاص ليس من جنس الدراهم، بدليل أنه لو تجوز به لم يجز، فلم يدخل في اسم الاستيفاء فصار كما لو افترقا من غير قبض.

٣٢٤- إذا قال: إن ملكك عبداً فهو حر، فاشتري نصف عبد ثم باعه، ثم اشترى النصف الآخر لم يعتق، ولو قال: إن اشتريت عبداً فهو حر، فاشتري نصف عبد ثم باعه ثم اشترى النصف الآخر فإن النصف الباقي يعتق.

ولو أشار إلى عبد وقال: إن ملكتك أو اشتريتك فأنت حر، فملك نصفه وباعه أو اشترى نصفه وباعه، ثم اشترى النصف الباقي حنث.

والفرق أن هذا حكم علق بملك عبد بغير عينه، فانصرف إلى اجتماع الملك لاستعمال اللفظ وجريان العرف والعادة والدليل عليه قول النبي عليه السلام: «أدوا عن كل حر وعبد نصف صاع من بُرٍّ»، ثم ينصرف ذلك إلى عبد كامل بجميع الملك فيه، وكذلك يقال: أكلت رغيفين وملكيت مائتي درهم، ويراد به اجتماع الملك فيه، كذلك هذا.

وليس كذلك إذا قال: إن اشتريت، لأن الشراء لا يبنى على تملك الحراز أن يشتري لغيره فلا يفيد اجتماع الملك فيه عرفاً وعادة، فانعقد العقد بحقيقته. وليس كذلك إذا عين، لأن العادة لم تجر بأنه يستعمل ملك الغير، والمراد به اجتماع الملك، فلا يراعى فيه العرف، وإنما يراعى الحقيقة إلى أن يوجد عرف يخصه ولم يوجد في الأعيان عرف، فبقي على حقيقته، الدليل عليه لو قال: إن لبست هذا القميص فعبدي حر فاتزر به، فإنه يحنث، ولا يراعى العرف، ولو قال: إن لبست قميصاً فاتزر بقميص لا يحنث لهذا المعنى، كذلك هذا.

٣٢٥- إذا قال: عبده حر إن باع هذا الشيء منك بعشرة حتى تزيد، فزاده ديناراً أو ثوباً أو شيئاً غير الدراهم - لم يحنث، وإن باعه بتسعة لا يحنث. ولو قال: عبده حر إن باعه بعشرة إلا بزيادة فباعه بتسعة حنث.

والفرق أن «حتى» إذا قرن بالنفي لا يقتضي التعميم من غير ما قرن به، بدليل أنه لو قال لامرأته: إن دخلت الدار حتى آذن لك فأنت طالق، فدخلت مرة بإذنه ومرة بغير إذنه لا تطلق، والمقرون ههنا العقد بعشرة فلا يدخل فيه العقد بتسعة.

وليس كذلك إذا قال: إلا بزيادة، لأن إلا إذا قرن بالنفي يقتضي تعميم غير ما قرن به، بدليل أنه لو قال لامرأته: إن دخلت الدار إلا بإذني فأنت طالق، فدخلت بإذنه مرة، ثم دخلت بعد ذلك بغير إذنه فإنها تطلق، فصار نافياً كل عقد إلا بزيادة على العشرة، فإذا باعه بتسعة لم توجد الزيادة على العشرة فحنث في يمينه.

٣٢٦- إذا قال: إن تزوجت امرأة فما له صدقة، أو صليت فما له صدقة، فتزوج امرأة نكاحاً فاسداً وصلى بغير طهارة لم يحنث.

ولو تدبر الكلام تديراً فقال: إن كنت تزوجت أو كنت صليت، وقد كان تزوج امرأة نكاحاً فاسداً أو صلى بغير طهارة حنث.

والفرق أن قوله: إن كنت صليت أو كنت تزوجت إخبار والإخبار يقتضي المحبر بحصول الاسم له، واسم النكاح يحصل بالفاسد والجائز جميعاً، وكذلك اسم الصلاة يحصل فيحنث.

وليس كذلك المستقبل، لأنه يحتاج إلى تحصيل فعل فيعتبر مقصوده، والمقصود بالنكاح لإباحة البضع، وذاك لا يحصل بالفاسد، فلا يحنث وفي الماضي لا يحتاج إلى تحصيل مقصوده، لأنه يستحيل أن يقصد حظراً وإباحة في وقت ماض، إذ لا يفرد إلا بفعل في وقت ماض فجعل الفاسد والصحيح فيه سواء.

كتاب الحدود

٣٢٧- إذا شهد الشهود على رجل بالزنى حيس المشهود عليه إلى أن تزكى الشهود^(١).

ولو شهد الشهود بمال فإنه لا يحبس قبل التزكية.

والفرق أنه وجد ما يوجب الحكم، بدليل أنه لو أدى اجتهد الحاكم إلى أنهم عدول جاز له أن يقيم عليه الحد، إذا وجد ما يوجب الحكم، إلا أنه يجب الاحتياط في إمضائه لجواز أن لا يعدلوا، فلا يخلو إما أن يخلو سبيله، أو يكفل، أو يحبس، ولا يجوز أن يخلو سبيله لأنه لا يؤمن أن يهرب قبيل الحدود، ولا يجوز أن يكفل، لأن الكفالة في باب الحدود لا تجوز فلم يكن بد من الحبس.

وليس كذلك في باب الأموال، لأنه يجوز أخذ الكفالة في باب الأموال، وقد وجدنا ما يوجب الحكم، فجاز أن يؤخذ الكفيل احتياطاً ولا يحبس.

والفرق أن الحبس في الحدود لا يكون إمضاء للحكم، لأنه إذا وجدت الشهادة والتزكية أقيم عليه الحد، ولا يقتصر على الحبس فلم يكن الحبس إمضاء للحد، وإنما هو استتاق فجاز.

وليس كذلك في الأموال، لأن الحبس في باب الأموال إمضاء للحكم، لأن القاضي بعد ظهور العدالة، ونظام الشهادة لا يزيد على الحبس، وإمضاء الحكم قبل التزكية لا يجوز.

٣٢٨- أربعة شهدوا على رجل بالزنى، فسأهم القاضي عن ماهيته فقالوا: لا نزيدك على هذا، لم تقبل شهادتهم، ولا حد عليهم وكذلك لو وصفه بعضهم دون بعض. ولو شهد ثلاثة بالزنى ووصفوه وقال الرابع: أشهد أنه زان، فستل عن صفته فلم يصفه وجب الحد.

والفرق أنه يجوز أنهم لو فسروا إنما يوجب الحد عليه، ولا يجب عليهم ويجوز بخلاف ذلك، فالاتفاق على الشهادة بالزنى وجد، والخلاف ممكن فلا يطل المتعين به بالممكن.

وليس كذلك إذا شهد ثلاثة أولاً، ووصفوا ولم يصف الرابع، لأن الخلاف قد ظهر، ويجوز أن يفسر الرابع، ويجوز أن لا يفسر فلا يطل الظاهر بخلاف الممكن.

(١) انظر المبسوط للسرحي (٨٢/٩، ٨٤).

كالعدالة الطاهرة لا تبطل بفسق ممكن.

٣٢٩- ويجرد في سائر الحدود فيضرب. وفي حد القذف يضرب، وعليه ثيابه.
والفرق أنا نيقنا أنه باشر فعل المحرم، فوجب أن يباشر جلده الأدنى. وفي حد
القذف لا يعلم أنه باشر المحرم لحواز أن يكون صادقاً، فجاز أن لا يباشر بإلام جلده
بالضرب.

٣٣٠- الناس أحرار إلا في أربعة أشياء: في الشهادة والقصاص والحدود والعقل،
وصورتها إذا شهدوا بمال على رجل فقال المشهود عليه: هم عبيد، فالقول قوله حتى
تقوم البينة على حرية الشهود.

ولو قذف رجل رجلاً، ثم قال القاذف: أنا عبد فحدني حد العبيد، أو المقذوف
عبد فلا حد علي، فالقول قوله ما لم تقم البينة على حرته أو حرية المقذوف.
ولو قطع رجل يد رجل، فقال القاطع: أنا عبد أو المقطوع يده يده عبد، فلا
يجري بيننا القصاص، فالقول قوله ما لم تقم البينة على حرته أو حرية المقطوع يده.
وإذا قتل رجل رجلاً خطأ فقال القاتل: أنا حر، والدية على العاقلة، وقالت العاقلة:
بل هو عبد، فالضمان عليه، فإن القول قول العاقلة، أنه عبد ما لم تقم البينة على حرته
وأما في سائر المواضع فهم أحرار.

والفرق بين هذه المسائل أن الظاهر في الناس الحرية، بدليل أن من ادعى على رجل
الرق لم يقبل قوله حتى يقيم البينة على الرق، فدل على أن الظاهر في الناس الحرية،
والظاهر لا يستحق إلا بحجة، ولا يستحق بها حق على الغير والدليل عليه أنه لو كانت
دار في رجل فجاء آخر وادعى أنها له لم يقبل قوله إلا ببينة، ثم لو بيعت دار بجنب هذه
الدار فجاء صاحب اليد وطلب الشفعة بها لا تجب الشفعة، فدل أن الظواهر لا يستحق
بها حقاً على الغير، ففي هذه المسائل لو جعلنا القول قول من يدعي الحرية لأدى إلى أن
يستحق بالظاهر حقاً على الغير، أما على المشهود عليه المال، أو الدية على العاقلة أو
القصاص أو حد القذف، وهذا لا يجوز.

وأما في سائر المواضع بخلافه نحو أن يدعي رجل أنه حر فجاء آخر وقال: أنت
عبيدي، فالقول قوله أنه حر، لأننا لو جعلناه عبداً يكون في يده لا يستحق الظاهر بغير
حجة، وهذا لا يجوز فجعل حرّاً وكذلك في سائر المواضع في نظائره.

٣٣١- إذا شهد أربعة على رجل بالزنى والإحصان، فزكوا ثم رجم المشهود عليه،
ثم وجد أحدهم عبداً قال: لا حد على الشهود ولا ضمان.

ولو شهدوا فرجهم ثم رجع واحد حذوا.

وجه الفرق أنه لما تبين أن أحدهم كان عبداً، فلم يكن ذلك شهادة، لأن العبد لا شهادة له، فصار قولهم في ذلك الوقت قذفاً، فقد قذفوا ومات المقدوف فسقط عنهم الحد.

وليس كذلك الرجوع، لأن شهادتهم كانت في ذلك الوقت شهادة، إذ شهادة الحر شهادة، فإذا رجع واحد منهم، صار الآخر قاذفاً، فقد قذفوا ميتاً ومن قذف ميتاً وجب عليه الحد.

٣٣٢- إذا ادعى المشهود عليه أن الشاهد محدود في قذف فأراد أن يقيم على ذلك بينة أمهله القاضي ما بينه وبين أن يقوم من مجلسه.

ولو ادعى أن الشهود فساق فأراد أن يقيم البينة لم تقبل بيته.

والفرق أن المحدود في القذف ليس من أهل الشهادة، بدليل أن قاضياً لو قضى بشهادة قبل التوبة لم يجز فهو يبين بيته إن ما أقيم لم يكن شهادة، إذ شهادة المحدود في القذف لا تقبل، فكان مخلصاً وإذا ادعى مخلصاً وبينه بالبينة تقبل.

وليس كذلك الفسق، لأن الفسق لا يخرج من أهلية الشهادة، بدليل أن قاضياً لو قضى بشهادة الفساق فإنما لم ننقض قضاؤه، فلم يدع مخلصاً، وإنما طعن في الشاهد والطعن شرع سرّاً فإذا أتى به جهراً لم يقع موقعه، كما أن الشهادة شرعت جهراً فإذا أتى بها سرّاً لم تقع موقعها، كذا هذا.

٣٣٣- إذا زنت للرجل غير امرأته فوطئها، فلا حد عليه وثبت النسب منه. ولو زنى بامرأة وجدها على فراشه أو في داره، ثم قال: ظننت أنها امرأتي فعليه الحد.

والفرق أنها سلمت إليه على حكم العقد، والتسليم على حكم العقد يوجب حقاً في العين كالتسليم على حكم العقد الفاسد، فقد وطئها وله حق في عينها فثبت النسب ولا يجب الحد كالأب إذا استولد جارية ابنه، وكأحد الشريكين.

وأما إذا وجدها على فراشه أو في داره فهي غير مسلمة إليه على حكم العقد، ويمكنه أن يميز امرأته من غيرها بالتفريق فقد وطئها ولا حق له فيها، فكان زنى وقال النبي عليه السلام: «الولد للفراش وللعاهر الحجر».

٣٣٤- إذا شهد الشهود على رجل أنه زنى بامرأة ولم يعرفوها فلا حد عليه. ولو

أقر أنه زنى بامرأة غير معروفة فعليه الحد.

والفرق أن الشاهد على فعل غيره، فإذا شهدوا أنه زنى بامرأة غير معروفة فيجوز

أنه زنى بامرأة غير موجب للحد كالجارية المشتركة، ويجوز أن يكون زنى بامرأة بموجب الحد، فلا يوجب الحد بالشك.

وليس كذلك الإقرار، لأنه حكى فعل نفسه، فلا يقع له الغلط في فعل نفسه، فإذا أقر بالزنى فالظاهر أنه زنى بامرأة زنى موجباً للحد فلزمه.

٣٣٥- أربعة شهدوا وهم فساق على رجل بالزنى فلا حد عليهم، ولا عليه. وإن كانوا عميًّا أو عبيدًا أو محدودين في القذف فعليهم الحد، ولا حد عليه.

والفرق أن ظاهر حال المسلمين العدالة، بدليل قول النبي عليه السلام: «المسلمون عدول بعضهم على بعض»^(١) والفسق يعرف بالاجتهاد وغالب الظن، لأنه كما ارتكب المخطور يجوز أنه ندم فتاب، ولم يخرج عنه الحد لبقاء شهادة نفسه من أهل العدالة، فبقي من أهل الشهادة فدرئ عنه الحد لبقاء شهادته، ولا يحد المشهود عليه للثمة.

وليس كذلك الأعمى لأن صحة الشهادة بالزنى بالنظر، وهو ليس من أهل الشهادة فيه، وكذلك العبد ليس من أهل الشهادة، لأن النكاح لا ينعقد بشهادته، وأما المحدود في القذف فليس من أهل الشهادة بدليل قوله عليه السلام «المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا محدودًا حد في الإسلام أو ظنيًّا في ولاء أو قرابة»^(٢) ولأن القاضي بإقامة الحد أبطل شهادته فصار كالعبد.

فإن قيل: أليس لو قضى قاض بجواز شهادته جاز، فلم لا يجعل كالفسق.

قلنا: ليس هو من أهل الشهادة، إلا أن القاضي لما قبل شهادته فقد جعل له شهادة وللقاضي أن يجعل ما ليس بشهادة شهادة، فيحصل له شهادة ابتداء كما أن له أن يجعل ما ليس بعقد عقدًا، لأن قبول الشهادات داخل تحت ولايته كالعقود سواء.

فإن قيل: أليس ينعقد النكاح بشهادة الفاسقين والمحدودين، فإذا انعقد النكاح بشهادته دل على أنه من أهل الشهادة.

قلنا: ليس هذا من أهل الشهادة المقبولة فيصير قوله: أشهد أنه زان قذفًا لا شهادة، وفي النكاح لا يشترط فعل من جهته، ويجوز ألا يكون من أهل الشهادة المقبولة وينعقد النكاح بحضوره كما لو حضر ابنه وابنتاه.

٣٣٦- إذا قذف إنسان إنسانًا فقال: أنت زان أو زناة؛ حد، ولا يسأل عن

(١) رواه ابن أبي شيبة في المصنف (٣٢٥/٤) والدارقطني (٢٠٦/٢) والبيهقي في الكبرى (١٠/١٩٧) وانظر الدراية في تخريج أحاديث الهداية (١٧١/٢، ١٧٢).

(٢) تقدم قريباً.

كيفيته. ولو أقر بالزنى فقال: زنيت، سئل عن كيفيته.

والفرق أن الشرع ورد بالاستفسار في الإقرار، بدليل ما روي عن النبي عليه السلام: أنه قال لماعز: «لعلك قبلتها، لعلك لمستها» فقال: لا، حتى وصفه، وفي القذف لم يرد الشرع بالاستفسار فبقي على أصله.

وجه آخر أن في باب القذف اقترن به ما دل على أنه أراد به صريح الزنى، لأنه إما أراد به السب والشتيم، وهذا لا يحصل إلا بصريح الزنى، فصار كأنه فسر فصرح. وليس كذلك الإقرار، لأنه حكى فعل نفسه ولم يقترن به ما دل على أنه أراد به الزنى فلذلك شرط السؤال، ولأن حد القذف من حقوق الأدميين فلا يحتال في درته بخلاف ما إذا كان خالص حق الله تعالى.

٣٣٧- إذا قال: زنيت في دار الحرب فلا حد عليه.

وإذا قال لآخر: زنيت في دار الحرب فعليه حد القذف.

والفرق أنه أقر بفعل نفسه وأضافه إلى حالة عرفت ولو وجد في تلك الحالة لم يلزمه الحد الآن، لتقادم العهد فكذلك إذا أضافه إليه كما لو قال: زنيت وأنا مجنون.

وليس كذلك إذا قال لأحد: زنيت لأنه حكى الفعل عن غيره وأضافه إلى حال عرف وهو كونه في دار الحرب، وما يوجد في تلك الحالة يكون زنى، ويجب به الحد إلا أنه لا يمكن استيفاءه، لأنه لا بد للإمام عليه فقد غيره بذلك القول ولزمه حد القذف.

٣٣٨- وإذا وجب على المريض حد من الحدود في سرقة أو شرب خمر حبس حتى يبرأ.

وفي الزنا إذا كان محصناً يرجم في الحال وإذا كان غير محصن حبس حتى يبرأ ثم يجلد.

والفرق: أن ضربه في الحال يؤدي إلى إتلافه وهو لم يفعل ما يستحق به التلف. بخلاف مسألة الرجم لأنه استحق التلف، وفي ضربه إعانة له على التلف، فجاز أن يقام عليه الحد.

٣٣٩- إذا وطئ جارية ولد ولده لم يثبت نسبه من الجدة، ولا حد عليه إذا كان الأب حياً. وإذا كان ميتاً وادعاه الجدة ثبت نسبه منه.

والفرق أن دعوى الاستيلاء إنما ينفذ لولاية ثابتة في حال الصغر مستنداً إلى ما بعد البلوغ، كولاية المال، فلو أثبتنا النسب منه وصححنا دعواه لنفدنا قوله على الولد، وفي تنفيذ قوله على الولد جعل الولاية له عليه ولا ولاية للجدة، مع بقاء الأب، فلم ينفذ قوله

عليه فلم ينتقل الملك في الجارية إليه ولم تصر أم ولد له، وصار كما لو كان معنوها.
وأما إذا كان الأب ميتاً فله ولاية عليه فجاز أن ينفذ قوله عليه فصار نافلاً ملكه إلى نفسه، وهو قادر عليه، كما لو باعها من نفسه وهو صغير.

٣٤٠- لا يقام حد الزنى على الأخرس سواء أقر بالزنى أو شهدوا عليه وكذلك سائر الحدود. ويقام عليه القصاص استحساناً^(١).

والفرق أن الأخرس لا يقدر على إشارة يقع الفصل بها بين وطء يوجب الحد ووطء غير موجب للحد، لأن أقصى ما يقدر عليه أن يشير إلى وطء حرام فصار كالناطق إذا قال: وطئت حراماً، ولو قال ذلك لا حد عليه، كذا هنا، ولأن إشارته قائمة مقام النطق، وما أقيم مقام الغير لا يوجب إثبات الزنى به، كالشهادة على الشهادة، وكذلك لا يجب بالشهادة، لأن الشهادة لا تصح إلا بالإنكار وإنكاره أقيم مقام الغير فلو استوفينا الحد لاستوفيناه بإنكار أقيم مقام الغير وهذا لا يجوز، ولأن الأخرس لا يسمع ما يشهدون به عليه فصار كالغائب ولأنه يجوز أن لو قدر على النطق لادعى شبهة، وعجزه عن الكلام يمنعه من ذلك فصار ذلك شبهة وحد الزنى والسرقة وغيره يسقط بالشبهة ويحتال في إبطاله بدليل الأخبار الواردة فيه.

وليس كذلك القصاص، لأن الخرس صار شبهة على ما بينا والقصاص حق الأدمي، ولا يحتال في إبطاله وإسقاطه، ولا يبطل بالشبهة الممكنة، بدليل أنه لو أقر بالقصاص، ثم رجع لا يبطل القصاص، ولو أقر بالزنى ثم رجع سقط الحد فافترقا من هذا الوجه.

٣٤١- إذا زنى الإمام الذي ليس فوقه إمام فلا حد عليه.

ولو قتل إنساناً فعليه القصاص والفرق أنه إذا زنى فقد فسق، فانعزل على إحدى الروايتين فقد زنى ولا يد للإمام عليه، فنار كما لو زنى في دار الحرب وعلى الرواية الأخرى لا ينعزل ولكن يعزل، فلو أوجبنا الحد عليه لأوجبنا له على نفسه، ولأن الحدود استيفؤها إلى السلطان، ويستحيل أن يستوفي الحق من نفسه بنفسه فلا يمكن الاستيفاء نسقط الحد.

وليس كذلك القصاص، لأنه فسق بقتله فانعزل، والقصاص لا يحتاج في استيفائه إلى الإمام، بدليل أن الولي لو قتله بغير إذن الإمام، لا يلزمه شيء فقتله لا يؤثر فيه، فوجب استيفاءه منه كالديون.

(١) انظر البحر الرائق (٢٨/٥).

٣٤٢- إذا قذف الميت فولده ووالده وجده أن يأخذوا بالحد.

ولا يجوز لأخيه أن يأخذ بالحد.

والفرق أنه يقذف الميت صار طاعناً في نسب ولده، لأنه يقول: أبوك مني ولا يتصل نسبك ويقول للجد لا يثبت نسب حفدتك منه فقد عبره بهذا القول، طعن في نسبه، فله أن يطالبه بالحد.

وليس كذلك الأخ، لأن نسب الأخ لا يرجع إلى أخيه، فلم يضر طاعناً في نسب فلا يكون له حق الطلب كالأجنبي.

فإن قيل: لو كان طاعناً في نسب هؤلاء لوجب أن يكون لهم الطلب حال حياته. قلنا: إذا كان حياً لا تلحقهم معرة هذا القول فكان المقصود هو دونهم.

٣٤٣- إذا تزوج امرأة نكاحاً فاسداً ووطئها فقذفه إنسان فلا حد على القاذف.

وإن اشترى جارية شراء فاسداً ووطئها فقذفه إنسان فعليه الحد.

والفرق أن الشراء الفاسد إذا اتصل به القبض أفاد الملك، بدليل أنه ثبت أحكام الملك فيه، لأنه لو اعتقه أو باعه جاز فصادف ووطؤه ملكه فحد قاذفه، وإن كان الوطء حراماً كما لو وطئ امرأته وهي حائض أو صائم عن القرض.

وليس كذلك النكاح الفاسد، لأنه لا يفيد الملك، بدليل أنه لو طلقها لا يقع طلاقه عليها، ولو خلعها لا يلزمها المال، فصادف ووطؤه غير ملكه فبطل إحصانه، وإن لم يجب الحد بوطئه، كما لو وطئ جارية ابنه أو جارية مشتركة، فقد قذف غير محصن فلا يلزمه الحد.

٣٤٤- إذا قال لامرأته: زني بجمل أو بشور أو بحمار، لم يجب عليه الحد.

ولو قال: زني بناق أو بأتان أو ببقرة فعليه الحد^(١).

والفرق أنه إذا قال: زني بناق، فقد أضاف فعل الزنى إلى أنثيين ويستحيل وجود الجماع من الأنثيين فلم يمكن حمله على مشاركة الفعل، والصاق الفعل بالمفعول به، فحمل على البديل، لأن الباء تدخل في الكلام للبديل فكأنه قال: زني بك فلان بناق أو بدرهم دفعها إليك، ولو قال ذلك وجب عليه الحد، كذلك هذا.

وليس كذلك إذا قال: بيعير، لأنه أضاف فعل الجماع إلى ذكر وأنثى ولا يستحيل وجود الجماع من الذكر والأنثى فصار إدخال الباء للمشاركة لا للبديل، إذ هو الظاهر من

(١) انظر البحر (٣٣/٥)، والمبسوط (١٢٥/٩) والبدائع (٤٥/٧) وشرح فتح القدير (٣١٨/٥).

الكلام، فحملناه عليه فصار كما لو قال: جامعك بعير أو ثور، ولو قال ذلك لم يحرم عليه الحد، كذلك هذا.

٣٤٥- إذا شهد أحد الشاهدين على أنه قذف فلاناً، والآخر أنه أقر أنه قذفه به حد عليه، ولا تقبل هذه الشهادة.

ولو شهد أحدهما على البيع والآخر على الإقرار بالبيع قبلت وحكم بالبيع. والفرق أن الإقرار حكاية، وفي الحكاية معنى ابتداء القذف، فلو جمعنا لجمعنا بينهما بالمعنى، وإيجاب الحد بالمعنى لا يصح، كما لو قال: وطئت وطئاً حراماً. وليس كذلك في باب البيع، لأن في حكاية البيع معنى الابتداء، فلو جمعنا لجمعنا بينهما بالمعنى وإيجاب البيع بالمعنى دون صريح لفظه جائز، كما لو قال: ملكتك بكذا درهمًا، ولهذا المعنى قلنا: إن لو شهد أحد الشاهدين أنه قذفه بالفارسية والآخر بالعربية، لم تقبل شهادتهما.

وفرق آخر أن لفظ الإخبار والابتداء لا يختلف في باب البيع بدليل أنك تقول في الإخبار: بعت، وفي الابتداء أيضًا يقول: بعت، فيجوز أنهما سعا معًا فحمل أحدهما على الابتداء، والآخر على الإقرار فلم يبين اختلاف الشهادة، فجازت. وليس كذلك في القذف لأن لفظ الإخبار والابتداء يختلف فيه، لأنه يقول في الإخبار قلت له: أنت زان، وفي الابتداء يقول: يا زان أو أنت زان، فلم يكن ما شهد به أحدهما عين ما شهد به الآخر فبان الاختلاف بينهما فلم تجز شهادتهما.

٣٤٦- وإذا ضرب العبد حد القذف ثم عتق فشهد لم تجز شهادته.

وإذا ضرب الكافر حد القذف ثم أسلم فشهد تقبل شهادته.

والفرق بينهما أن للعبد نوع شهادة، بدليل أنه لو شهد برؤية الهلال أو بطهارة الماء أو أحبر في الديانات قبل قوله، فإذا حد بطل ذلك النوع من الشهادة. فلو قلنا بعد العتق تقبل شهادته في الأموال لقبيلت في رؤية الهلال غيره لأنه يستحيل أن تقبل شهادته في الأموال، ولا تقبل في رؤية الهلال والديانات فلما بطلت في الهلال ونحوه دل على أنها لا تقبل فلا تقبل في شيء.

وليس هذا كالكافر لأنه لا تقبل له نوع من الشهادة على المسلمين بحال فلم تبطل شهادته بإقامة الحد فإذا أسلم وشهد فهذه شهادة استفادها بالإسلام لم تبطل بإقامة الحد فجاز أن تقبل.

٣٤٧- الابن إذا وطئ جارية أبيه، أو جارية أمه، أو جارية امراته، أو وطئ امراته

المطلقة ثلاثاً في العدة، أو أم ولده ما دامت في عدته، أو العبد وطئ جارية مولاة، أو المرتن وطئ الجارية المرهونة عنده في رواية كتاب الرهن أنه يجب الحد على الواطئ في هذه المواضع إن قال: علمت أنها حرام، وإن قال: ظننت أنها نحل لي. فلا حد عليه.

وفي الأب إذا وطئ جارية ابنه، والبائع إذا وطئ الجارية المبعة قبل التسليم، والجارية الممهورا إذا وطئها الزوج قبل التسليم، والمطلقة طلاقاً بائناً إذا وطئها الزوج، والجارية بين شريكين - فإنه لا يجب الحد في هذه المواضع، وإن قال: علمت أنها محرمة عليّ.

والفرق بين هذه المسائل أن في المسائل المتقدمة الشبهة في الفعل إذ لا شبهة لهؤلاء في عين الموطوءة ولكن لهم شبهة في الفعل لأن الابن يبسط ويتصرف في مال أبيه. فإذا ظن أنه لو هذا النوع من التصرف فقد ظن في موضع الظن والاشتباه، وكذلك الزوج ينسبط، ويتصرف في مال زوجته، فإذا ظن أن حكم بقايا الملك حكم نفس الملك، فقد ظن في موضع الظن والاشتباه، وكذلك المرتن له حق الحبس، وهو نوع تصرف، فيجوز أن يشبهه عليه أمر الوطء، فإذا وطئ وادعى الاشتباه استند دعواه إلى شبهة ظاهرة، وبالشبهة الممكنة يدرأ الحد.

وليس كذلك في باب الأموال والبيوع وغيرها، لأن الشبهة هنا متمكنة في العين، لأن للأب حقاً في مال ابنه عند الحاجة، وكذلك للبائع حق في الجارية المبعة يقام مقام الملك، بدليل أنها لو تلفت على حكم ملكه، والمطلقة طلاقاً بائناً حكم الملك فيها باق أيضاً، لأن من الناس من قال بأن الطلاق البائن لا يوجب زوال الملك وتحريم الوطء، وكذلك الجارية المشتركة ملكه فيها باق فصاف وطؤها ملكه، فيسقط الحد في البعض فسقط في الباقي، وإذا كانت الشبهة في العين استوى علمه وجهله، فسواء قال: ظننت أنها نحل لي أو لم يقل ووجدت الشبهة الموجبة لسقوط الحد فسقط، وفي المسائل التي ذكرنا، الشبهة في الفعل فإذا قال علمت أنها محرمة لم يبق شبهة في الفعل ولا شبهة له في العين فلم يسقط الحد.

فإن قيل: من الناس من قال: الطلاق الثلاث لا يقع فلا يزيل الملك فلم لا يجعل هذا كالمطلقة البائنة حتى إنه لو قال: علمت أنها غير محرمة لا يحد؟

قلنا: لأن هذه المسألة مما لا يسوغ الاجتهاد فيها عندنا، فلا يتعلق بالخلاف حكم وهذا قلنا لو وطئها بعد انقضاء العدة حد، وإن قال: ظننت أنه حلال، ومن أصحابنا من قال: روي أنه إذا وطئها في العدة من الطلاق الثلاث لا يحد، إلا أن هذه الرواية غير مشهورة.

٣٤٨ - روى ابن رستم عن محمد بن أحمد في أعمى دعا امرأته فقال: يا فلاة، فأحانته

غيرها فوقع عليها، قال: يحد.

ولو أجابته وقالت: أنا فلانة، تعني امرأتك فوقع عليها، قال: لا يحد، وثبت اسمه والفرق أنها إذا أجابته ولم تقل أنا فلانة لم يحل له وطؤها، لأنه يقدر أن يتعرف عنها، ويستفسرها، فإذا لم يفعل لم يعذر كما لو وجد في داره امرأة فواقعها، وقال: طنت أنها امرأتي.

وأما إذا قالت: أنا فلانة فلا يتوصل الأعمى إلى معرفة امرأته في العادة إلا بذلك فكان ذلك شبهة فلا يحد، كما لو زفت إلى البصير غير امرأته، وأما البصير فيتوصل إلى معرفتها بالمشاهدة، فلم يكن معذوراً في وطئها بالإجابة.

٣٤٩- إذا مات الشهود على الزنى - سقط الرجم عند أبي حنيفة^(١).

ولو أصابهم مرض، بحيث عجزوا عن البداية، فإن الإمام يبدأ ثم الناس - ولا يسقط الرجم.

والفرق أن الموت صار شبهة لجواز أنهم لو كانوا أحياء لامتنعوا عن البداية، أو رجعوا فلم يجز استيفاؤه مع التحري.

وليس كذلك المرض لأن الامتناع من الرجم كان لعذر ظاهر فلم يشترط فعلهم مع التعذر، ولو امتنعوا لأجل الرجوع بلسانهم، فلما لم يرجعوا باللسان، والعذر عن الامتناع ظاهر، زالت التهمة فلم يسقط الحد.

٣٥٠- لا يفرق التعزير على الأعضاء، ولو ضرب على عضو واحد جاز، وإذا لم يكن مقتلاً. وفي الحد يفرق الضرب.

والفرق أن المقصود من التعزير إيصال الألم، وجمعه أبلغ في إيصال الألم، ولا يؤدي إلى التلف، لأنه يضرب في الحد ثمانون أو مائة، وفي التعزير لا يزداد على تسعة وثلاثين، فلا يؤدي إلى التلف غالباً.

٣٥١- قال أبو حنيفة رحمه الله: للولد والوالد وإن كان عبداً أن يطالب بالحد، إذا كان المقدوف حرّاً مسلماً.

وإن كان المقدوف عبداً فليس لهم أن يطالبوا.

والفرق أن الأب متى كان محصناً وقذفه إنسان فقد صح القذف، وألحق الشين بالابن والأب، والشين إذا حصل بقذف صحيح تعلق به الحد، كما لو كان الابن والأب حرين.

(١) انظر المبسوط للشيباني (١٥٦/٣) والمجلة الجمعية المجلد (١/٣٥٠).

وأما إذا قذف العبد في نفسه فالقذف ليس بصحيح، لأنه صادف غير محصن. ثم يجب بإلحاق الشين به حد، فلا يجب الحد.

٣٥٢- غير محصن إذا أقر بالزنى والسرقه وشرب الخمر وقذف المحصنة استوفى الجميع، فيبدأ بحد القذف، ثم إن شاء الإمام بدأ بحد الزنى، وإن شاء بدأ بالسرقه، ويؤخر حد الشرب.

وأما المحصن إذا أقر بهذه الأشياء قدم حد القذف ثم رجم، وسقط حد السرقه والشرب.

والفرق أن هذه حدود الله تعالى إلا أن حد القذف اتصل بحق الأدميين لأنه إليه الطلب، وحق الله تعالى إذا اجتمع مع حق الأدميين قدم حق الأدميين كالدين والزكاة. وإذا استوفى هذه الحدود بقيت حدود الله كلها ولا يمكن إسقاط بعضها ببعض، فاستوفى الكل وحد الزنى والسرقه استويا في التأكد لأنهما حقان لله تعالى ثبتا بنص القرآن، ولإمام أن يبدأ بأيهما شاء، وحد الشرب إنما ثبت بالسنة فكان أضعف من الذي ثبت بالقرآن، فيجب أن يؤخر عنه.

وأما في المحصن فهذه حدود اجتمعت لله تعالى، وفي استيفاء بعضها إسقاط الباقي، لأنه إذا قتله رجما، لا يمكن إقامة حد السرقه، والشرب، ولو استوفى حد السرقه والشرب أمكن إقامة الرجم بعدهما، والإمام مأمور بإسقاط الحدود ودرئها وفي البداية بالرجم درء الحد الزنى، والسرقه فكان له أن يبدأ بالرجم درءا لحد الزنى والسرقه.

كتاب السرقه

كتاب السرقه

٣٥٣- قال في الأصل ولم يكن خلاف: إذا نقب البيت وأدخل يده وأخرج المتاع وذهب لم يقطع^(١).

ولو شق الجوالق، وأدخل يده، وأخرج المتاع قطع. والفرق أن في باب البيت لم يهتك الحرز بأقصى ما قدر عليه، لأن أقصى ما يقدر عليه هتك حرز البيت بالولوج فيه وإخراج المتاع، ولم يدخله فلم يقطع، كما لو لم يدخل اليد ولكنه نقب فسقط منه المتاع.

(١) انظر الهداية (١٢٥/٢) والبحر (٦٥/٥) وحاشية ابن عابدين (١٠١/٤) واليسوط (١٢٧/٩) وشرح فتح القدير (١٩٠/٥).

وأما في الجوالق فقد هتك الحرز بأقصى ما قدر عليه، إذ لا يقدر على الدخول في الجوالق، وإنما يقدر على إخراج المتاع ويعتاد ذلك، وقد فعل فوجب القطع.

٣٥٤- إذا سرق من حمام أو حانوت قد أذن صاحبه للناس بالدخول فيه، وصاحبه هناك لم يقطع. ولو سرق من مسجد وصاحبه هنا في المسجد قطع.

والفرق أن الحمام أو الحانوت حرز في نفسه، بدليل أنه لو أراد صاحبه أن يمنع الناس من الدخول فيه قدر عليه، وإذا كان حرزاً في نفسه لم يؤثر كون صاحبه معه في الإحراز، فصار كما لو لم يكن، ولو لم يكن هناك حافظ لم يقطع كذا هذا.

وليس كذلك المسجد، لأنه ليس في نفسه بحرز، بدليل أنه لو أراد أن يغلق بابه ويمنع الناس من الدخول فيه لا يقدر، فصار حرزاً بالحفاظ كالمقازاة فإذا سرق منه فقد سرق من حرز فقطع، والأصل فيه خبر صفوان^(١).

فرق آخر أن نقول الحمام وإن كان حرزاً إلا أنه إذا أذن صاحبه أخرجه من كونه حرزاً فلا يقطع.

وفي المسجد صار حرزاً بالحفاظ، ولم يوجد من جهته إذن بالدخول فبقي حرزاً فقطع.

فإن قيل: ولو أذن قلنا: لا رواية فيه على أنه لا حكم لإذنه، لأن كل واحد مأذون بالدخول فيه، فاستوى وجود إذنه وعدمه.

٣٥٥- إذا سرق ثوباً لا يساوي عشرة دراهم، وعلى جانبه مال عظيم مصرور ولم يعلم به السارق لم يقطع، وإن علم قطع^(٢).

وإن سرق كيساً أو جوالقاً لا يساوي عشرة دراهم، وفيه مال قطع، علم به أو لم يعلم.

والفرق أن المقصود من السرقة الثوب دون الدراهم إذا لم يعلم به، والمقصود لا يساوي عشرة دراهم فلا يقطع به، فصارت الدراهم تبعاً له إذا لم يكن مقصوده، حتى إنه لو علم وقصد قطع، لأنه لم يصير تبعاً.

(١) رواه النسائي (٦٩/٨) وفي الكبرى (٣٢٩/٤)، وكذلك عند أبي داود وابن ماجه كما في نصب الراية (٣٦٩/٣) والتلخيص (٦٤/٤).

(٢) انظر البحر (٥٨، ٥٥/٥) والمبسوط (١٦١/٩) وحاشية ابن عابدين (٩٢/٤).

وأما الجوالق والكيس فالمقصود منه ما فيه لا الجوالق والكيس في العرف والعادة وما فيه مما يجب القطع به فصار كما لو سرق الدراهم وحدها بقطع، كذلك هذا.

٣٥٦- إذا سرق وإيهامه في يده اليسرى مقطوعة لم تقطع اليمين.

وإن كانت إصبعاً غير الإبهام من اليسرى مقطوعة قطع اليمين.

والفرق أن قوة الإبهام تعادل جميع الأصابع بدليل أنه يلاقي جميع الأصابع فصارت قوته كقوة الأصابع كلها، فلو قطعنا اليمين لفوتنا منفعة البطش كلها بكمالها، وهذا لا يجوز. وليس كذلك غير الإبهام، لأن قوته لا تعادل جميع الأصابع، بدليل أنه لا يلاقي جميع الأصابع، ولا يقع التناول به، فصار كما لو كانت اليسرى مكسورة ظفرها ولو كان كذلك لقطع اليمين، كذلك هذا.

٣٥٧- لو كانت أصابع رجله اليمنى مقطوعة قطعت رجله اليسرى إذا أمكنه

المشي.

ولو كانت أصابع اليد اليسرى مقطوعة لا تقطع اليد اليمنى.

والفرق أن منفعة الرجل المشي، والمشي ممكن مع فوت الأصابع اليمنى لا يؤدي إلى تقويت منفعة اليسرى؛ فجاز أن تقطع.

بخلاف اليد، لأن منفعتها البطش وفوت الأصابع يفوت البطش والتناول فلو قطعنا اليمنى لفوتنا عليه منفعة البطش بكمالها، وهذا لا يجوز.

٣٥٨- رجلان كانا في دار، كل واحد منهما في مقصورة على حدة، فنقب

أحدهما على صاحبه وأخذ متاعه قطع، إذا كانت داراً كبيرة.

وإن كانت صغيرة لم يقطع.

والفرق أن الدار إذا كانت كبيرة كالخان يكون فيها مقاصير، فكل بيت يكون فيها حرزاً على حدة، بدليل أن الإذن في دخول الدار لا يكون إذناً في دخول جميع مقاصيرها، وبدليل أنه لو قال للمودع: احفظها في بيتك هذا فحفظها في بيت آخر منها فصاعت ضمن، فصار كالمكانين المتباعدين.

وأما إذا كانت الدار صغيرة فالحرز حرز واحد، بدليل أن الإذن في دخولها إذن في دخول جميع بيوتها، وبدليل أن المودع لو قال: احفظها في بيتك هذا، فحفظها في بيت آخر من تلك الدار لم يضمن، فصارت كاليكيت الواحد، ولو كانوا في بيت واحد فسرق أحدهم من صاحبه شيئاً لم يقطع كذلك هذا.

٣٥٩- إذا أقر أنه سرق مع صبي، أو مع معتوه أو أحرس فلا قطع عليه، في جوار

«الأصل».

ولو أقر أنه سرق مع فلان الناطق العاقل، وأنكر فلان قطع المقر في قول أبي

حنيفة.

والفرق أنه أقر بفعل مشترك بينه وبين غيره، وذلك الغير ممن لا يجوز وجوب القطع عليه بحال، فلا يجب على المقر أيضاً، كالمخطئ والعامد إذا اشتركا في القتل، والأب والأجنبي إذا سرقا شيئاً من مال الابن.

وليس كذلك إذا أنكر، لأنه أقر بفعل مشترك وذلك الشريك ممن يجوز وجوب القطع عليه، فجاز وجوبه على هذا أيضاً، إلا أنه بإنكاره يسقط الحد عن نفسه، فلا يسقط عن الآخر، الدليل عليه لو أن رجلين قتلا رجلاً ثم عفا عن أحدهما وجب القصاص على الآخر، كذلك هذا.

٣٦٠- إذا قطع الطريق على قوم، وفيهم ذو رحم محرم منه أو شريك مفاوض له

لم يلزمه حكم قطاع الطريق.

وبمثل لو كان فيهم حربي فإنه يلزمه حكم قطاع الطريق.

والفرق أن العادة جرت بأن كل واحد من رفقة المسلمين كالملتزم نصرته صاحبه، فصار كالمستحفظ ماله إياه، فكأنهم أودعوا ماله عند ذي الرحم المحرم منه، فقطع عليه الطريق، ولو كان كذلك لا يقطع، كذلك هذا.

وليس كذلك إذا كان معهم حربي، لأن كل واحد لم يلتزم نصرته الحربي، إذ لا تناصر بين المسلم والكافر، فلم يصيروا كالمستحفظين ماله إياه، فصار كأنه في رفقة على حدة، والحربي في رفقة أخرى على حدة فقطع الطريق على المسلمين، فليزمه حكم قطاع الطريق، كذلك هذا.

٣٦١- وإذا ضرب القسطاط في الجبانة وفيها متاع، وصاحبه فيه، فدخل سارق،

وسرق المتاع قطع. ولو سرق القسطاط بعينه لم يقطع.

ولو كان القسطاط ملفوفاً وصاحبه نائم عليه فسرقه سارق قطع.

والفرق بين هذه المسائل أن القسطاط حرز في نفسه، فإذا سرق منه فقد سرق من

الحرز فقطع.

وليس كذلك إذا كان ملفوفاً، لأنه خرج من أن يكون حرزاً فصار محرزاً بالحفاظ،

فإذا سرقه وصاحبه نائم عليه قطع، كما لو قلع باب داره وأدخله في داره. فعد عليه فجاء سارق وسرقه قطع، كذلك هذا.

وليس كذلك إذا كان غير ملفوف، لأنه حرز بنفسه قد سرق ونفس الحرز لا يكون في الحرز، فقد سرق من غير حرز فلا يقطع، كما لو سرق باب الدار.

٣٦٢- إذا سرق من الحمام نصابًا بالليل قطع.

ولو سرق بالنهار لا يقطع. والفرق أن الحمام حرز في نفسه، وإنما يخرج من أن يكون حرزًا بوجود الإذن من جهة المالك، وقد وجد بالنهار دون الليل، فخرج من كونه حرزًا بالنهار دون الليل، فقد سرق بالليل من حرز فقطع، وسرق بالنهار من غير حرز فلا يقطع.

٣٦٣- إذا نقب بيت رجل فدخل عليه مكابرة ليلا حتى سرق منه متاعًا يساوي ألفا فإنه يقطع. ولو كابرته في البلد في الطريق نهارًا فإنه لا يقطع.

والفرق أن السارق من أخذ المال من الحرز على طريق الاستخفاء، ومن فعل هذا بالليل فهو مستخف من الناس، وإن لم يستخف من المالك، لأن الغوث لا يلحقه بالليل، فوجد معنى السرقة فقطع.

وأما بالنهار فليس بأخذ على وجه الاستخفاء، لأن الغوث يلحقه، فلم يرحد معنى السرقة، وإنما وجد معنى الغصب والاختلاس فلا يقطع.

٣٦٤- إذا سرق رجلان عشرة دراهم من رجل واحد لا يقطع واحد منهما ولا يجعل كل واحد منهما كأنه سرق العشرة الدراهم.

ولو اجتماعا فقتلا رجلا واحدًا وجب عليهما القصاص.

والفرق أن المشاركة وجدت في أخذ المال، والمال مما يتبعض، فصار كل واحد أخذ نصفه، ومن سرق خمسة دراهم لا يقطع.

وليس كذلك القتل، لأن القتل إزهاق الروح، وهو ما لا يتبعض فجعل كل واحد منهما كالمفوت بجميع الروح، فوجب القصاص عليهما.

٣٦٥- السارق إذا رد المسروق إلى أخ المسروق منه، أو أخته، أو أجيده، أو عبده أو امرأته؛ أو أحد ممن هو في عياله لا يسقط الضمان.

ولو رد المودع الوديعه إلى أحد من هؤلاء سقط الضمان.

والفرق أنهم إذا كانوا في عياله فهم حفظة له وحرز له، فصار يدهم يدا له، فإذا رد إليهم صار كما لو رده إلى يد صاحبه، ولو رده إلى يد صاحبه قبل القطع برئ من القطع،

كذلك هذا.

وليس كذلك الأجنبي، ومن ليس في عياله، لأن يدهم ليست بيد له، وهم ليسوا بحرر له، بدليل أن المودع لو دفع الوديعة إليهم ضمن، ولا حق لهم في ماله بدليل أنهم لو استولوا جاريته لم ينفذ استيلادهم فصاروا كالأجنبي، ولا يلزم الأب والجد، وإن لم يكونا في عياله حيث يسقط القطع إذا رده إليهم، لأن لهما حقاً في ماله بدليل أنهما لو استولوا جاريته صح، فصار كما لو رد إلى صاحبه. وإنما قلنا إنه يضمن إذا رد إلى من في عياله، والمودع لا يضمن، لأن الضمان وبراءتهم إياه عن الضمان لا يجوز.

وليس كذلك الوديعة، لأنها لم تكن مضمونة عليه فلا يضمن إلا بالخيانة والدفع إلى هؤلاء ليس بخيانة، لأنهم حفظة له، لأنه يحفظ الشيء لنفسه فيهم، فلم يصر برده إلى حفظته خيانة منه، وإذا لم يجز لم يضمن. والله أعلم

«كتاب السير»^(١)

٣٦٦- المشركون إذا غلبوا على أموال المسلمين ثم غلبوا في دار الحرب فأخذوه من أيديهم فوجده صاحبه، قال إن وجده قبل القسمة أخذه بغير شيء. وإن وجده بعد القسمة أخذه بالقيمة.

والفرق أن الكفار بالإحراز ملكوه من غير بدل، فلا ينقطع حق صاحبه، عنه، كاهبة فثبت حق صاحبه فيه، فوجب على جميع المسلمين أن يذبوا عنه ويستنقذوه من أيديهم لأن المسلمين كلهم كيد واحدة، فإذا استنقذوه فقد فعلوا ما وجب عليهم من الأمر بالمعروف فلم يستحقوا عليه بدلاً، فكان له أن يأخذه بغير شيء.

وأما بعد القسمة إذا وقع في نصيب واحد فلم يجب عليه أن يأخذ ماله، ولو قلنا: بأنه يسترده مجاًناً لأضررنا به، وفوتنا عليه حقه من الغنيمة، وهذا لا يجوز، فأوجبنا عليه القيمة ليصل هو إلى حقه، ويسلم له العين بسلامة بدله كالشفيع.

وجه آخر لم يتأكد حق المسلمين فيه قبل القسمة، بدليل أن للإمام أن يقتل رجالهم، وله أن يمن عليهم، ويجعلهم ذمة، ويرد عليهم أموالهم، وإذا لم يتأكد حقهم فيه كان له أخذه مجاًناً.

وأما بعد القسمة فقد تأكد ملكهم فيه بدليل أنه ليس للإمام أن يمن عليهم ويردهم

(١) ويقال الجهاد.

الفروق في الفروع

٢٠١

ولا أن يقتلهم، فلا يجوز تفويت ملكه عليه، فكان له أخذه بالقيمة كالتفيع إذا أخذ الدار من المشتري فإنه يأخذ بالقيمة، كذلك هذا.

٣٦٧- لا يسهم للعبد وإن قاتل بإذن المولى ويسهم للحر.

والفرق أنه ليس من أهل القتال، بدليل أنه لا يدعى إليه فأشبه النساء بخلاف الحرب، ولأن خدمة المملوك للمولى، بدليل أنه لو أراد أن يقاتل بغير إذنه لم يجز، فإذا أذن له وقع عمله له، فكان المولى قاتل بنفسه زيادة قتال، ولو كان كذلك لم يزد في سهمه، كذلك هذا.

وليس كذلك الحر لأن عمله وقع له إذ منفعت له فيجب أن يستحق بإزارته بدلا، ولا يدل له سوى السهم فوجب أن يسهم له، ولأن الظاهر أن العبد حضر لخدمة المولى، فوقع على تلك الخدمة، وهو يذب عن المولى، وذلك مستحق عليه فصار كما لو خدمه في المصر، فلا يستحق به شيئا عليه بخلاف الحر.

٣٦٨- يجوز للمسلمين الاستعانة بأهل الذمة على الكفار إذا لم يكن لهم شوكة.

ولا يجوز الاستعانة بأهل الذمة إذا كانت لهم شوكة^(١).

والفرق أن الشرط في مخالطتهم أن يكونوا تحت قهرنا وحكمنا، فإذا كان فيهم قلة كانوا تحت قهرنا، فلم يكن بالاستعانة بهم ضرر بالمسلمين، فجازت الاستعانة بهم.

وليس كذلك إذا كانت لهم شوكة، لأنهم ربما لا يكونون تحت قهرنا، ولا يؤمن أن يخرجوا علينا، ويظهر دينهم، وإذا لم يؤمن في الاستعانة بهم الإضرار لا يستعان بهم، والأصل فيه ما روي عن النبي عليه السلام أنه قال في الخبر المعروف: «إنا لا نستعين بالكفار»^(٢) لما رأى كتيبة حسناء، وروي أنه استعان بيهود بني قينقاع لما كان فيهم قلة.

٣٦٩- المشتري من الغنمين إذا باع من آخر ثم جاء مالكة الأول فليس له أن

ينقض البيع الثاني.

والمشتري إذا باع من آخر الدار فللشفيق أن ينقض البيع الثاني، وبأخذها بالأول.

والفرق أن في المأسور المالك يأخذ على وجه البناء على الملك الأول، لا على وجه النقض، بدليل أنه ليس له أن ينقض القسمة، ولو كان يأخذ على وجه النقض لكان

(١) انظر السير للشيخاني (ص ٢٣٨) والمبسوط للسرخسي (٢٣/١٠) والبحر (١٥٢/٥) وشرح فتح

القدير (١٠٨/٦)، وأحكام أهل الذمة لابن قيم (ص ٤٧٣).

(٢) رواه ابن أبي شيبة في المصنف (٤٨٧/٦)، والدارمي (٣٠٥/٢) وأبو داود (٧٥/٣) وأبو حنيفة في الكبرى (٢٣١/٥) والهيتمي (٢٢٤/٨) وابن ماجه (١٤٥/٢) وابن حبان (٢٨/١١). انظر المراجعة

للحافظ (١٢٦/٢).

له أن ينقض القسمة، ويأخذ بغير شيء، وإذا كان يأخذ على وجه البناء لم يكن له نقض العقد الأول.

وليس كذلك الشفيع، لأنه يأخذ على وجه النقض، بدليل أن له أن يأخذه من يد البائع، فيفوت القبض فيه، وتفويت القبض يوجب فسخ العقد، وإذا أخذه على وجه النقض كان له نقض الأول، ولأن أخذ الشفيع على وجه البناء والنقض لا يختلف بدليل أنه يأخذه بالثمن في الحالين، فكان له أن يأخذه على وجه النقض.

وليس كذلك المأسور، لأن أخذه على وجه النقض وذلك يخالف أخذه على وجه البناء، بدليل أن أخذه على وجه النقض يكون مجاًئاً، كما يأخذ العبد قبل القسمة، وليس له أخذه مجاًئاً، فلم يكن له أخذه على وجه النقض فله أن يأخذه على وجه البناء فلم يكن له نقض العقد.

٣٧٠- إذا وجد بعد القسمة جارية قيمتها ألف درهم قد كان المشتركون غلبوا عليها فله أن يأخذها بالقيمة.

وإن وجد ألف درهم أو مكيلاً أو موزوناً أو فلساً بعد القسمة لم يكن له أن يأخذها.

والفرق أنه لا فائدة له في أخذ الدراهم والمكيل والموزون، لأنه لو أخذها لأخذها بمثلها، وهي ومثلها لا تختلف، فلم يكن له أن يأخذها، وليس كذلك الجارية لأن له غرضاً في اقتنائها، لأنه قد يشتري بأكثر من قيمتها لغرض في عينها، وإذا كان للناس أعراض في الأعيان كان له في أخذها فائدة فجاز له أن يأخذها.

٣٧١- إذا أسر العدو عبداً له وفي عنقه جناية -عمداً أو خطأ- أو دين فإنه رجع إليه بملك مستأنف، وإن لم يرجع إليه بطلت جناية الخطأ، وأما جناية العمد والدين فهما في رقبته كما كانا.

والفرق أن الأسر يوجب زوال الملك، فصار زوال ملكه بالأسر كزواله بالبيع ولو باع العبد الجاني خطأ لا يقع بالجناية، وصار المولى مختاراً، كذلك هذا، وزوال الملك بالبيع يوجب سقوط جناية العمد والدين عن الرقبة، وكذلك زواله بالأسر، ولأن جناية العمد تتعلق بالرقبة، وكذلك الدين، بدليل أنه يسعى به بعد العتق، والرقبة باقية فبقي الحق المتعلق به، وجناية الخطأ غير متعلقة بالرقبة، بدليل أنه لا يسعى به بعد العتق، ويجب على المولى، فلم يؤثر زوال ملكه عن الرقبة فيه، وأما إذا رجع إليه لحق لملكه الأول فإنه يعود بالجناية والدين، لأنه أعاد الملك الأول واستبقاه، فصار كأن لم يزل، ولو لم يزل بقيت

٣٧٢- إذا كانت الجارية رهنا بألف درهم وهي قيمتها فأسرها العدو، ثم اشتراها منهم بألف درهم كان مولاهما أحق بها بالثمن، ولا يكون للمرتهن أن يأخذها. وإن كان الثمن أقل من ألف كان للمرتهن أن يؤدي ذلك الثمن الذي اقتكها به وتكون رهنا عنده، وإن شاء ترك.

والفرق أنه إذا كان الدين مثل الثمن فإنه لا فائدة له في أخذها، لأنه لو أخذها بألف درهم فترد على المولى ويسترد الألف درهم، وإذا لم يكن له فائدة في أخذها لا يأخذها، كما لو كان مكيلاً أو موزوناً فإن مالكة لا يأخذها، كذلك هذا.

وليس كذلك إذا كان الثمن أقل من الألف، لأن له فائدة في أخذها، لأنه يأخذها بخمسائة ثم يرد على المولى، ويرجع بدينه وهو ألف درهم، فيكون له فائدة في أخذه فجاز له أن يأخذها، وأما المالك فله أن يأخذها بمثل قيمته أو أكثر، لأن له فائدة في أخذه، لأن العين تسلم له، وللناس أغراض في الأعيان فكان له أخذه، كما لو كانت قيمته أكثر من الثمن أخذه بالثمن كذلك هذا.

٣٧٣- إذا أسلم أهل الحرب على مال قد كانوا أصابوه وأخذوه من أموال المسلمين، أو خرج حربي بشيء أخذه من أموالنا يريد بيعه لم يكن لصاحبه المسلم عليه سبيل^(١). ولو اشتراه مسلم من أهل الحرب فله أن يأخذها.

والفرق أن الحربي لم يلتزم نصرة المسلمين والذب عنهم وعن أموالهم، فلم يكن له أخذه ونقله إلى دار الإسلام لصاحبه، فصار كما لو كان في يده في دار الحرب فلم يكن له أخذه.

وليس كذلك المسلم، لأنه التزم نصرة المسلمين والذب عنهم وعن أموالهم، فكان يلزمه استنقاذ أموالهم من أيدي الكفار، فإذا اشترى فالظاهر أنه فعل ما هو واجب عليه، واستنفذه من أيديهم لصاحبه، وإذا أخذه له عاد حقه إليه فكان له أن يأخذها، كعبد أبي أخذه إنسان لصاحبه، فله أن يأخذها ويعطيه الجعل، كذلك هذا.

٣٧٤- إذا دخل المسلم دار الحرب بأمان وله في أيديهم جارية قد أسروها - كره له غضبها ووطؤها. ولو كانت مدبرة أو أم ولد يكره له أخذها. والفرق أن الجارية تملك بالبيع فتملك بالأسر، فصارت ملكاً لهم وهو يعقد الأمان أنترم

(١) انظر المبسوط للسرخسي (٦٢/١) والفتح (٢٧٦/٦).

ألا يأخذ ما في أيديهم بغير رضاهم، فصار بالأخذ ناقصاً للعهد عفوياً للذمة - فلم يجز.
وليس كذلك المدبرة وأم الولد، لأن رقبتهما لا تملك بالعقد، فلا تملك بالأسر.
فبقيت على ملك صاحبها، وهو إنما التزم الكف عن أخذ مالهم بغير رضاهم، وهذا ماله.
وهو باق على ملكه، فلم يكره له ذلك، ولم يصير مناقضاً ما أوجبه بعقده، فجاز له ذلك.
٣٧٥- إذا طعن المسلم بالرمح في جوفه فنفذه فله أن يمشي إلى العدو حتى يضره، ولا يجعل بذلك معيناً على قتل نفسه. وإن لم ينفذه لم يكن له أن يمشي إليه.
والفرق أنه إذا نفذه فالمشي إليه لا يزيد جراحته، وهو يصل إلى مكابدة العدو من غير إعانة على القتل نفسه، فجاز له ذلك، وكان مأوراً، كما لو لم يكن الرمح في جوفه.
وليس كذلك إذا لم ينفذه، لأنه بالمشي إلى ذلك يزيد جراحه، ولا يؤمن أن يصيب المقتل فيقتله فيصير به معيناً على قتل نفسه، فكره له ذلك.

٣٧٦- حربي دخل إلى دار الإسلام بأمان فبايعه مسلم درهماً بدرهمين لم يجز. ولو أن مسلماً دخل دار الحرب بأمان فبايعهم درهماً بدرهمين جاز إن كان مال كل واحد على الإباحة، وقد رضي بتمليكه عليه.

والفرق أن في المسلم بدخوله دار الحرب أمناً لم يصير لهم عاقداً عقد الأمان، بدليل أن غيره من المسلمين لو قتلهم وأخذ أموالهم ملكه، وكان له ذلك إلا أن هذا المسلم وعد ألا يأخذ مالهم إلا برضاهم، فيجب أن يفي بما وعد، فبقي مالهم على الإباحة فإذا توصل إلى أخذه من غير نقض عهد برضاهم جاز.

وأما الحربي إذا دخل دارنا بأمان فقد عقدنا له عقد الأمان، بدليل أن كل واحد من أهل دارنا إذا أخذ ماله لا يملكه، فخرج ماله من أن يكون على حقيقة الإباحة، فصار مالا محرراً بأيدي المسلمين فلا يملكه المسلم بالقهر، وإنما يملكه بالعقد، وتملك درهم بدرهمين بالعقد يكون ربا فلم يجز.

٣٧٧- إذا وادع الإمام قوماً من أهل الحرب ثم إن قوماً من المسلمين غدروا بأهل الموادعة، وأخذوا أموالهم لم يسع المسلمين أن يشتروا من ذلك شيئاً، ولو اشتروا رد البيع.

ولو أن مسلماً دخل دار الحرب بأمان ثم أخذ شيئاً من أموالهم وأدخله دار الإسلام فاشتره إنسان منه لم يرد البيع.

والفرق أن الإمام لما وادعهم صاروا ذمة لنا، فوجب على جميع المسلمين الذب عنهم، فإذا أخذوا أموالهم لم يملكوها، لأنهم صاروا مناقضين عهدهم كما لو أخذوا سائر

وليس كذلك المسلم إذا دخل بأمان إلى دار الحرب، لأنهم لم يصيروا ذمة بدحوته، بدليل أن غيره من المسلمين لو أخذ أموالهم ملكه ولم يلتزم نصرتهم، فبقي ما لهم على أصل الإباحة فقد أخذ مال حربي باق على أصل الإباحة، فملكه فإذا اشتراه إنسان جاز إلا أنه يكره الشراء، لأنه ملكه بسبب محذور، إذ هو أخذ ما لهم بغير رضاهم، وقد ائتم أن لا يأخذ ما لهم إلا برضاهم، فكره الشراء منه.

٣٧٨- إذا أسر المشركون عبدًا للمسلمين وأحرزوه، ثم إن رجلاً اشتراه منهم فأسره العدو منهم ثانياً، واشتراه رجل مسلم فللمشتري الأول أن يأخذه، لأنه من يده أخذ وعليه يد ملكه، فكان له أن يأخذه، فإن تركه ولم يأخذه فأراد مولاه الأول أن يأخذه فليس له ذلك في رواية الجامع الكبير.

والمشتري إذا باع الدار فللشفيع أن يأخذه بالشراء الأول وينقض الثاني. والفرق أن المالك يأخذه على وجه البناء لا على وجه نقض الملك، بدليل ما بينا، نلو قلنا إن له أخذه ويعيد ملكه لأبطل شراء الثاني، وليس له نقض تصرفه فلم يكن له أخذه.

وليس كذلك الشفيع لأنه يأخذه على وجه النقض فأخذه بالبيع الأول يوجب نقض الثاني، وله حق النقض فكان له أن يأخذه.

ووجه آخر أن حق المولى إنما يثبت فيما في يد المشتري الأول، ووجب له حق الأخذ منه، بدليل أنه لو لم يكن يشتريه لم يكن له الأخذ، فقد زالت يده، فإذا زالت يده وملكه زال الموجب لجواز أخذه فلم يكن له أخذه.

وليس كذلك الشفيع، لأنه لم يجب له حق الأخذ فيما في يده، بدليل أن البائع لو أقر بالبيع وأكره المشتري، ولم يكن في يده ثبت له حق الأخذ بالشفعة، وإذا لم يختص حقه بيده وملكه فزوال يده وملكه لا يوجب سقوط حقه، فبقي حقه فيه، فكان له الأخذ من يد الأول، وينقض العقد الثاني.

٣٧٩- ولو اشترى رجل عبدًا بألف درهم فلم يقبضه حتى أسره العدو، واشتراه رجل منهم بخمسمائة درهم، فأخذه البائع بخمسمائة، فللمشتري أخذه من البائع بالتمنين جميعاً.

ولو أن رجلاً باع عبدًا فجنى العبد جناية قبل التسليم، ففداه المولى فإنه لا يأخذ ما فداه به ولكنه يأخذ منه الثمن فقط.

والفرق أن في باب الجنابة قد أسقط خيار المشتري بالفداء، فقد قضى به حقاً عن نفسه أو مضموناً عن نفسه فجاز أن لا يرجع على غيره، الدليل عليه لو قطع رجل إصبع رجل ثم قطع يد آخر ثم جاء المقطوعة يده وقطع يد القاطع فإنه يجب على قاطع الإصبع أرش الإصبع، لأنه قضى به مضموناً عن نفسه، كذا هذا.

وأما في مسألة الشراء من العدو لم يسقط خيار المشتري، بدليل أن خياره يبقى بعده فلم يقض به مضموناً عن نفسه، وإنما أحيا ملكه ولا يصل إلى إحياء ملك نفسه إلا بأدائه، ولم يوجد منه ولا من العبد جنابة، فصار كأنه ازداد ثمن العبد، فرجع به عليه، الدليل عليه لو أن مريضاً باع داراً بألف، وقيمتها ثلاثة آلاف ومات، ولم يجز الورثة فإنه يقال للمشتري: إما أن تزيد في الثمن فتأخذ بألفين، وإما أن تدع، كذلك هذا.

٣٨٠- ذكر في السير^(١) وذكر الشيخ أبو الحسن^(٢) أيضاً في مختصره: إذا قاتلت

المرأة من أهل الحرب فأخذت ووقعت في يد المسلمين فلا بأس بقتلها.

ولو أن صبيّاً أو معتوهاً قاتلاً فأخذوا ووقعوا في يد المسلمين لم يجز قتلها، وإن كانا قتلاً جماعة من المسلمين.

وفي الأصل في كتاب السير إذا خرجت امرأة مع أهل البغي فقاتلت فأخذت حبست ولم تقتل، فيحتمل أن يكون معناه الأولى أن لا تقتل، فإن قتلت يجب أن يقال يجوز، كما حكاه في الحرية، وإلا فيحتاج إلى الفرق بينهما، ولم أجد عن مشايخنا فرقا بينهما.

والفرق أن المرأة لما قاتلت صارت من أهل القتال، وهي مكلفة عاقلة، فكان عقلها قتلها عقوبة لها على فعلها، فجاز أن تقتل.

وأما الصبي والمعتوه فهما غير مكلفين، وقتلها كان مباحاً لأجل القتال، فإذا أخذوا زال القتال، فلو قلنا قتلناهما عقوبة وهما لا يستحقان العقوبة فلا يقتلن، إلا أن يغلب في ظن المسلمين أنهم لو تركوهما لعادا إلى القتال، فحينئذ يخاف من تركهما الضرر، فجاز قتلها كالعقلاء البالغين.

٣٨١- إذا قال الإمام: من قتل قتيلاً فله سلبه، فبدأ واحد فضربه ثم أجهز عليه الآخر، فإن كان الأول صيره بحيث إنه لا يمكنه أن يقاتل، ولا أنه يعين فالسلب للأول، وإن كان بخلافه فالسلب للثاني.

(١) انظر: شرح السير الكبير (٧١٦/٢).

(٢) هو: الكرخي وانظر حاشية ابن عابدين (٣٢١/٣). والبسوط للسرخسي (١٩٧/٩).

والفرق أنه لما صيره بحال لا يقدر أن يعين ولا أن يقاتل فقد حصل مقصوده. وهو إخراجهم من كونه حارثاً للمسلمين، لأنه لا يمكنه أن يقاتل، ولا أن يعين، فقد حصل الثاني قتالاً ولا مخرجاً له إلى حكم القتال، فلم يستحق سلته، والدليل عليه لو رمى إلى صيد نأتحته حتى لا يستطيع براحاً، ثم رماه الثاني فهو للأول، وإن كان بحال لا يمكنه أخذه إلا بصيد فهو للثاني لهذا المعنى، كذلك هذا.

٣٨٢- إذا افتتح الإمام بلدة فأسلم أهلها قبل القسم فله أن يسترقهم، وإن شاء ردهم على أملاكهم، وروضع على أرضهم الخراج وهم أحرار. ولو أسلموا قبل القهر وفتح البلدة لم يسترقهم.

والفرق: أن حق الغانمين تعلق برقابهم وأرضيهم عند القهر، فإذا أسقط حقهم عن رقابهم بالإسلام لم يكن له ذلك، ولو أخذ ما لهم، ثم أسلموا لا يرد عليهم كذا هذا. وإذا تعين حقهم فإذا استرقهم استند الاسترقاق إلى السبب السابق، فكأنه استرقهم في حال الكفر، وإن كان في الحال مسلماً، كما قلنا لو أسلم الأب في دار الحرب وابنه حين في البطن فاسترقت الأم، فالجنين مسلم وهو رقيق، لأن ثبوت الاسترقاق يثبت قبل ثبوت حكم الإسلام، وابتداء استرقاق المسلم لا يجوز إذا لم يكن مستنداً إلى سبب قبله. فإن قيل لو ثبت حقهم بالقهر لوجب أن لا يكون للإمام أن يقهرهم على أرضيهم ويكونون أحراراً.

قلنا إنما جوزنا ذلك، لأن خيار الإمام كان ثابتاً بين أن يقرهم أحراراً على أرضهم، لأن أهل الأرضين قد يكونون أعلم بعمارتها، ولو قسمت بين الغانمين واسترقهم خربت ولم ينتفع بها، وإذا أقر أهلها انتفع بها، فإذا رأى الإمام تحصيل هذا النوع من المنفعة بتقريرهم أحراراً كان له ذلك، لأن خياره كان ثابتاً بين أن يقتلهم أو أن يسترقهم، وبالإسلام سقط القتل، فبقي خياره ثابتاً بين الاسترقاق والتقرير، فينتقل حقهم عن رقابهم إلى الأراضي ليحصل لهم زيادة منفعة وهو ناظر محتاط، فله أن يفعل ما يكون فيه احتياط لهم.

٣٨٣- جماعة لهم منعة دخلوا بإذن الإمام دار الحرب، فأصابوا غنائم، ولحقهم لصر أو لصان لا منعة لهما بغير إذن الإمام، وقد أصابا غنيمة قبل أن يلحقهم العسكر، فإن العسكر يشاركونهما فيما أخذوا قبل لحوقهما بهم، وهما لا يشاركان العسكر فيما أصابوا قبل لحوقهما بهم، إذا لم يلقوا قتالاً بعد ذلك^(١).

(١) انظر البدائع (١١٧/٧).

ولو كانوا جماعة شاركوا العسكر فيما أصابوا قبل لحوقهم بهم.
والفرق أن الواحد والاثنين إنما أمكنهما الدخول بعد العسكر وإنما أحرزوا بدار الإسلام فإذا ظهر العسكر فقد شاركوه في سبب الملك، فيشاركونه في الملك، وأما هذان لا يشاركان العسكر، لأنهم لا يتقوون بالواحد والاثنين، فلا يجوز أن يشاركهم إذا لم يقاتلوا بعد ذلك، وأما إذا قاتلوا يشاركونهم في الغنيمة الأولى، إذ لولاها فلربما غلب الكفار عليهم، فإذا اشتغلوا بالقتال فصار كأنهما شهدا الواقعة الأولى.
وأما إذا كانوا عسكرياً عظيماً أو جماعة فالعسكر يتقوون بهم، فيحصل الإحراز بظهرهم ومعونتهم فيشاركون في سبب الملك، وصاروا مدداً لحق العسكر، فنشاركهم في الغنيمة.

٣٨٤- إذا لم يكن للمسلمين قوة فرأى الإمام أن يودع أهل الحرب، ويأخذ منهم مالا جاز، ولا يرد المال إليهم.

ولو وادع قومًا من المرتدين على مال لم يجز ولا يرد عليهم المال.
والفرق أن في المودعة على مال استبقاء الكفار بالمال، وهذا جائز كما جاز استبقاؤهم بالجزية.

وأما المرتدون ففي المودعة على مال استبقاؤهم على الكفر بمال وهذا لا يجوز، كما لا يجوز استبقاؤهم على الجزية إلا أن المال لا يرد عليهم، لأن مال المرتد فيء فإذا وقع في يد المسلمين لا يرد عليهم كالغنيمة.

٣٨٥- إذا وادع الإمام أهل دار فأسر أهل دار أخرى واحداً من أهل الدار الذين وادعهم، ثم إن المسلمين أسروا أهل الدار الثانية، فأسروا ذلك الأسير فهو فيء. ولو دخل تاجر الدار الأخرى فأسر فلم يكن فيئاً.

والفرق أنه إذا أسر فقد انقطع عنه حكم دار المودعة، بدليل أنه لو أراد العود إلى دار المودعة لم يكن له ذلك، فإذا أسره المسلمون ملكوه، كما لو كان من غير أهل الدار الذين وادعهم الإمام.

وليس كذلك التاجر، لأن حكم دار المودعة لم ينقطع عنه، بدليل أن له أن يخرج من دارهم متى شاء إلى دار المودعة، فصار كما لو كان في دار المودعة فأسر لم يكن فيئاً، كذلك هذا.

٣٨٦- الصبي إذا أسلم ثم ارتد لم يقتل، وكذلك من ثبت له حكم الإسلام بالدار أو بأحد أبويه ثم ارتد لم يقتل، وحبس حتى يعود إلى الإسلام.

ومن كان بالغاً فأسلم بنفسه ثم ارتد قتل.

وجه الفرق أن من صار مسلماً بإسلام أبيه أو بالدار لم يلتزم حكم الإسلام بنفسه، فلم يكن بالردة مناقضاً ما أوجه بعقده، فجاز ألا تتوجه العقوبة عليه، وكذلك الصبي إذا أسلم فقد التزم حكم الإسلام إلا أن ضمانه لا يصح، فلو قتلناه لم حينا بعقوبة عليه بعقده، وضمان العقود لا يلزمه، فلا يقتل.

وأما البالغ فقد التزم حكم الإسلام، وبردته صار مناقضاً ما أوجه بعقده، محار أن يعاقب عليه بالقتل.

ولأن إسلام هؤلاء إسلام ضعيف، ألا ترى أنهم لا يثابون على ذلك، وكذلك إسلام الصبي بنفسه إسلام ضعيف لأنه مختلف في حوازه وصحته فصار ضعف إسلامهم شبهة، والقتل يسقط بالشبهة وأما البالغ فأسلامه بنفسه قوي بدليل أنه يستحق الثواب بذلك، والردة توجب القتل، ولم توجد شبهة تسقط عنه القتل، فوجب أن يقتل، ثم يجبرون من أسقط عنه القتل، لأن القتل قد سقط بشبهة، وسقوط القتل بالشبهة لا يوجب سقوط الإيجاب كالمرأة.

٣٨٧- إذا اشترى المستأمن أرض خراج وجب عليه خراج أرضه وصار ذمياً من حين وجب عليه الخراج، ويجب عليه خراج رأسه بعد سنة مستقيلة من يوم وجب الخراج في أرضه.

ولو قال الإمام للمستأمن: إن أقمت في دارنا سنة بعد يومك هذا أخذت منك الجزية، فأقام سنة صار ذمياً، وأخذ منه الخراج عند تمام السنة من يوم قال ذلك. والفرق أن خراج الأرض مما يجب على أهل الذمة، فإذا التزم ما يجب على أهل الذمة صار ذمياً، كما لو التزم خراج الرأس، وإذا صار ذمياً بالتزام الخراج صار وجوب الخراج كعقد الذمة، فتلزمه الجزية بعد سنة.

وليس كذلك إذا قال: إن أقمت سنة، لأن وجوب الخراج بالتزامه، فإذا أقام بعد تقديم الإمام سنة صار ملتزماً من يوم أقام، فإذا تم استوفى منه.

٣٨٨- إذا قال عابد الصنم أو الثنوي: أشهد أن لا إله إلا الله، أو قال: أشهد أن محمداً رسول الله، صار به مسلماً.

والكتابي في دار الإسلام إذا قال هذا لا يكون مسلماً حتى يقر بما أنزل على محمد وجاء به، أو قال: أنا بريء من اليهودية.

والفرق: أنهم لا يقرون بالباري ولا بالرسالة، فإذا شهد بذلك فقد شهد بخلاف ما

اعتقده، فعلم أنه ترك دينه فصار مسلماً.
وأما الكتائبون، فمنهم من يقول: الله واحد ومحمد رسوله، ولكن بعنه إلى العرب
وإليكم، وأما إلينا فلا، فإذا قال ذلك فلم يوجد منه ما يخالف اعتقاده، فلم يصير به مدلاً
دينه، فلا يصير به مسلماً.

٣٨٩- ويكره الجرس في أعناق الإبل في دار الحرب^(١).

ولا يكره في القافلة في دار الإسلام.

والفرق أن صوته يؤذن بمكان الجيش، ويدل العدو على مكانهم، ففيه إضرار
بالمسلمين فكره ذلك.

وأما في القافلة ففيه منفعة، لأنه يوقظ النائم، ويهدي الضال، وليس فيه ضرر عظيم
عليهم فجاز.

٣٩٠- إذا لم يقع النفير ولم يأذن للولد أحد أبويه لم يجز له أن يخرج، وإن وقع
النفير وقيل: جاء عدو إلى قرية قريبة، أو قال: قد جاءكم العدو فلا بأس أن يخرج بغير
إذن والديه.

ولو أراد الخروج إلى سفر أو إلى حج، ولا يخاف منه التلف جاز أن يخرج بغير
إذنها.

والفرق أن الواجب على الابن مصاحبة الأبوين بالمعروف، وترك الأذية لهما بدليل
قوله تعالى: ﴿وَصَاحِبَيْهِمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾ [لقمان: ١٥] وهما يشفقان عليه ويلحقهما
الضرر لما يخافان عليه من الهلاك، وإذا لم يقع النفير فالقتال ليس بواجب عليه، لأنه فرض
كفاية فلا اشتغال بالمقام عندهما - وهو الواجب - أولى من الاشتغال بالتطوع.

وليس كذلك إذا وقع النفير، لأن الجهاد تعين وافترض عليه، ولا يمكن استدراكه
وبر الوالدين والقيام عليهما واجب يمكن استدراكه، فلا اشتغال بما لا يمكن استدراكه أكد
فكان أولى، أو نقول: فعدم إذنها لا يسقط الفرض المتعين كالحج والصوم والصلاة، وأما
سائر الأسفار إذا لم يخف منها التلف وهو لم يضيع الأبوين بالإتفاق عليهما، ولم يلحق
بهما ضرراً بالخوف على روحه فجاز له أن يخرج ولهذا قلنا: يجوز له أن يخرج في طلب
العلم بغير إذن أبويه، لأنه لا يخاف عليه التلف منه.

٣٩١- رجل دخل دار الحرب يريد الغارة، فكمن في مكان ينوي فيه مقام شهر

(١) انظر حاشية ابن عابدين (٦/٣٩٨).

فهو مسافر.

وإن استوطن مسلم مدينة في دار الحرب فاتخذها منزلاً فإنه يتم صلواته.
والفرق أنه إذا دخل للغارة فهو مسافر، وإقامته في الكمين إقامة لا انتظار. الكفار
وقضاء الحاجة، وانتهاز الفرصة، فصار كالمسافر يقيم في بلد أياماً منتظراً لقضاء الحاجة
فلا يبطل حكم ذلك السفر كذا هذا.

وليس كذلك إذا استوطن بلدة لأنه مقيم فيها قبل الطلب، فإذا احتفى فهو باق
على إقامته لا انتظار حاجته، فصار كمقيم في بلده ينتظر قضاء حاجته، وهو على عزم
السفر كان حكمه حكم المقيم، كذلك هذا.

٣٩٢- عسكر من المسلمين دخلوا دار الحرب، فخرج إليهم أسير من المسلمين
معه امرأة، فقال: جئت بها قاهرًا، وقالت هي: جئت مستأمنة، فإن ربطها فالقول قوله.
وإن كانت تمشي معه فالقول قولها.

والفرق أنه إذا ربطها فهي تحت قهره، فصار يدعي عليها القهر والظاهر معه،
فالقول قوله.

وإن كانت مطلقاً تمشي فهي في يد نفسها فهو يدعي عليها القهر، واليد لها وهي
تنكر فالقول قولها.

٣٩٣- إذا نقض قوم من أهل الذمة العهد، وغلبوا على بلدة فالحكم فيهم كالحكم
في المرتدين في قسمة أموالهم بين ورثتهم، إلا أنهم يسترقون ويستبقون بالجزية، بخلاف
المرتدين. وجه التسوية بينهم أنهم بنقض العهد والتحرز بالدار تركوا ما به عصمة دمهم،
فصار حكمهم حكم المسلم إذا أرتد وغلب على دار قسم ماله ويحارب، كذلك هذا^(١).
والفرق في الاسترقاق وأخذ الجزية أنهم بنقض العهد عادوا إلى ما كانوا عليه في
الأصل، فصاروا كالحربي الأصلي، والحربي الأصلي يسترق ويستبق بالجزية، كذلك هذا.
وليس كذلك المرتد، لأنه لم يعد إلى ما كان عليه في الأصل وبقي على الردة فصار
كما لو لم يطلب الأمان، ولو لم يطلب لم يجز استبقاؤه، كذلك هذا. وإذا لم يجز استبقاؤه
بالجزية والمال لم يجز استبقاؤه بجانا فقتل.

فصل

٣٩٤- سرينان من المسلمين التقنا فظنت كل واحدة أن الأخرى سرية المشركين

(١) انظر المبسوط للسرخسي (١٠/١١٦).

فاقتلوا فلم يخلوا عن قتلى وجراحات فلا دية في ذلك ولا كفارة. ولو قتل مسلم مسلماً ظن أنه من المشركين، أو رمى إلى الكافر فرجع السهم وأصاب مسلماً فقتله ففيه الدية على العاقلة والكفارة عليه. والفرق أنهما اقتتلا على تأويل، واتصل قتلتهما بالمحاربة فجاز ألا يتعلق وجوب الضمان والكفارة، كالبأغي والعاقل إذا اقتتلا لا يجب على البأغي الدية والكفارة في حال القتال، كذا هذا.

وليس كذلك إذا كان وحده، لأن القتل لم يتصل بالمحاربة فصار كرجل أو رجلين خرجا على الإمام، وقتلا رجلاً عادلاً في غير الحرب، وجب عليه الضمان، كذلك هذا، وإذا تعلققت الدية بالقتل وجبت الكفارة كالحاطي.

٣٩٥- ويكره للعادل قتل أخيه من أهل البغي في الحرب، وكذلك قتل خاله وعمه. ولا يكره للمسلم قتل هؤلاء من المشركين في الحرب.

والفرق أن بغيه لم يقطع الصلة بينهما، فلا يجوز قطعه، بدليل أن التوارث يجري بينهما، ووجوب النفقة والولاية والقتل يقطع الصلة بينهما فلا يجوز. وليس كذلك الكافر، لأن كفره قطع الصلة بينهما، بدليل ما بينا وهو أنه لا يجب نفقته عليه ولا ولاية لأحدهما على الآخر، ولا يجري التوارث بينهما والقتل يوجب قطع الصلة بينهما، ولا صلة بينهما فحل له قتله كالأجنبي.

٣٩٦- عشرون رجلاً من أهل الحرب خرجوا من دار الحرب بغير أمان، فطلبوا فلحقوا إلى قرية فيها عشرون رجلاً من أهل الذمة، فلم يعرفوا وادعى كل واحد منهم أنه من أهل الذمة، فلا سبيل على أحد منهم.

ولو دخل عشرة من أهل الذمة في حصن لأهل الحرب فظهر على أهل الحصن فلم يعرف العشرة، وقد أحاط العلم بأنهم فيهم، فهم كلهم فيء.

والفرق أن في المسألة الأولى تيقناً بحظر سبي أهل القرية، وشككنا في الإباحة فلا يثبت الحق في رقاتهم بالشك، ككفار دخلوا دار الإسلام ولا يعرفون لم يسع قتال الكل، كذلك هذا.

وفي المسألة الثانية تيقناً بإباحة سبي أهل الحصن وشككنا في الحظر فلا ندع اليقين بالشك؛ كمسلم دخل دار الحرب وسع المسلمين قتلهم، وإن علموا بأن فيهم المسلم كذلك هذا.

٣٩٧- رجل غصب عبداً من رجل ثم ارتد ولحق بدار الحرب، ثم ظهر المسلمون

على الغاصب فقتلوا، وغنموا ذلك العبد فهو للمغصوب منه بأخذه قبل القسمة .وبعد ما بغير شيء.

ولو لحق مرتد بالدار ثم غصب شيئاً من مسلم، فظهر عليه المسلمون فأخذوه منه فإن وجدته صاحبه قبل القسمة أخذه بغير شيء، وإن وجدته بعد القسمة أخذه بالقيمة. والفرق أنه لما غصب قبل اللحق وجب الضمان عليه، لأنه من أهل دارنا ويد الإمام ثابتة عليه، فلا يسقط ذلك الضمان عليه بلحقه بالدار، كما لو استقرض شيئاً منه ثم ارتد، وإذا لم يسقط الضمان عنه باللحق لم يقطع حق صاحبه عنه ولم يزل ملكه، فيجب أن يرد عليه.

وليس كذلك إذا غصبه بعد اللحق، لأنه ليس من أهل دارنا ولم يلتزم حكمنا، فلا يلزمه الضمان ولا الرد عليه، فصار هذا كافراً أحرز مال مسلم بدار الحرب فملكه، فكان ماله أحق به قبل القسمة فيأخذه بغير شيء، وبعد القسمة يأخذه بالقيمة.

ولهذا المعنى قلنا: إنه لو ارتد ثم غصب ثم لحق بالدار ثم غصبه منه غاصب آخر ثم غنم المسلمون ذلك الشيء فهو فيء، ويأخذه بالقيمة بعد القسمة وقبلها بغير شيء، لأنه لم يكن مضموناً على الغاصب الثاني حين أخذه، لأنه أخذ في دار الحرب حيث لا يد للإمام عليه، ولم يلزمه حكم دارنا، وكذلك لو ارتد ثم غصب ثم لحق بالدار ثم لحقه صاحبه فردّه عليه ثم غصبه ثانياً فهو للغاصب، لأنه لما رده عليه زال الضمان، والغصب الثاني لم يوجب ضماناً.

فصل

٣٩٨- إذا اشترى المستأمن من أرض الخراج وجب عليه الخراج، وصار ذمياً.

ولو مرّ على العاشر بمال فأخذ منه العشر لم يصّر ذمياً.

والفرق أن الخراج إنما هو من الحقوق التي تجب على أهل الذمة، فصار الحكم بوجوبه عليه حكماً بكونه من أهل الذمة، وصار ملتزماً حكم الذمة فألزم حكمه، وصار ذمياً كما لو قبل الجزية.

والعشر لا يجب على أهل الذمة، لأن الذمي يؤخذ منه نصف العشر ومن الحربي يؤخذ العشر كاملاً، وإن زادوا في الأخذ منا زدنا فلم يكن بالتزامه ملتزماً حكم الذمة. فلم يصّر ذمياً.

ولأن الخراج لا يجب في السنة إلا مرة واحدة، والمستأمن لا يمكن من دارنا سنة كاملة فإذا التزم أداء الخراج وأداه فقد التزم المقام سنة كاملة، فصار ذمياً.

وأما عشر المال لا يعتبر فيه الحول، فلم يكن بالتزامه ملتزماً المكث في دار الإسلام سنة، وإذا لم يجز عليه حكم المكث في دارنا سنة لم يصير ذمياً.

٣٩٩- إذا اشترى جارية من أهل الحرب، قد كان المشركون أصابوها من مسلم فولدت، فقتل الولد وأخذ المشتري أرشه لم يكن لصاحبها أن يأخذ الأرض، ولكن يأخذ الأم بجميع الثمن.

وبمثل لو اشترى جارية فولدت قبل القبض، فقتل الولد وأخذ البائع أرشه، أو قتله البائع فللمشتري أن يأخذ الأم بحصتها.

والفرق أن حق المولى لا يثبت في بدل الأم، ولا في بدل الولد، بدليل أنهما لو انتقلا إلى البديل بأن قتل لم يكن للمولى على القيمة سبيل، فلو قسمنا الثمن بينهما لجعلنا له حقاً في البديل، وهذا لا يحوز، فصار كأن الولد لم يكن، فأخذ الأم بجميع الثمن. وليس كذلك ولد المبيع، لأن حق المشتري ثبت في البديل، بدليل أن الأم لو انتقلت إلى البديل يقتل أو غصب ثبت حقه فيه، فصار كأن الولد باق لحاله فقتل كان له حصة، كذلك هذا جاز أن يقسم عليه.

٤٠٠- ولو أن المشتري من الكفار فقاً عين الجارية المشتراة ثم قبضها صاحبها، فإنه يأخذها بجميع الثمن^(١).

ولو أن البائع فقاً عين الجارية المبيعة ثم جاء المشتري أخذها بحصتها من الثمن^(٢). والفرق أن جناية المشتري من الكفار صادفت ملك نفسه، وجنأته على ملكه لا توجب ضماناً عليه، فقد فات بمعنى لا يوجب الضمان، فصار كما لو مات الولد وبقيت الأم أخذ الأم بجميع الثمن، كذلك هذا.

وليس كذلك الجارية المبيعة، لأن جنايته صادفت ملك غيره، وهو ملك المشتري، وجنأته على ملك غيره توجب الضمان، فقد فات بعض المبيع بمعنى موجب للضمان، وصار كأنه حبسه، فلو حبسه ولم يسلمه سقطت حصته من الثمن، كذلك هذا.

٤٠١- إذا أحر عبده ثم غلب عليه الكفار وأخذوه، ثم اشتراه صاحبه منهم في مدة الإجارة لم تعد الإجارة، وبطلت.

ولو زوج أمته ثم غلب عليها العدو ثم اشتراها منهم عاد النكاح.

(١) انظر المبسوط للرحسي (٣٩/٢٧)، وكذا للشيباني (٥٩٦/٤).

(٢) انظر المبسوط للرحسي (١٤٨/١٠).

والفرق أن الأسر يوجب زوال الملك، وزوال ملك المولى يوجب بطلان الإحابة، كما لو باعها برضا المستأجر.

وزوال ملكه عن المنكوح لا يوجب بطلان النكاح، كما لو باعها.

كتاب الاستحسان والتحري والإباق

٤٠٢- ما يجوز للأجنبي أن ينظر إلى موضع الزينة الطاهرة من الحرة، وهو الوجه والكف، لا يجوز له مسه^(١).

وما جاز للأجنبي النظر إليه من الأمة، وهي الزينة الباطنة جاز له مسه.

وما يجوز لذوي الأرحام النظر إليه من موضع الزينة الباطنة، وهو رأسها وصدورها ويدها وعضدها وساقها يجوز له مسها.

والفرق أن ظاهر قول الله تعالى: ﴿قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ﴾ [النور:

٣٠]، يوجب ألا يجوز للأجنبي النظر إليها أصلاً، إلا أن الضرورة أوجبت إباحة النظر إلى الوجه والكف، وهي حاجة الناس إلى مبايعتها والتناول منها، وتحمل الشهادة، فجوزناه للضرورة ولا ضرورة بنا إلى اللمس فلا يجوز.

والضرورة داعية للأجنبي إلى النظر إلى الأمة ومسها عند البيع والشراء، ليعرف حالها فجوزنا ذلك لوجود الضرورة في الحالين، وأما في المحارم فالضرورة أيضاً داعية إلى اللمس كما أنها داعية إلى النظر، لأنها تحتاج إلى المسافرة مع ذوي الأرحام، فتحتاج إلى أن ينزلها ويركبها، وتحتاج الأم إلى أن يخدمها ولدها، يدلك بدنها، يدهن رأسها، ويقبلها للشفقة عليها، كما جوزنا النظر جوزنا اللمس لوجود الضرورة في الحالين.

٤٠٣- رجل دخل على قوم فدعوه إلى طعام أو شراب فقال واحد ثقة: هذا حرام أو ذبيحة محوسي، وقالوا: هو حلال، وفيهم أيضاً واحد ثقة فإنه يعمل على غالب ظنه، فإن لم يكن له رأي جاز له أكله وشربه، ولا يغلب خبر الحاضر.

ولو روي عن النبي عليه السلام خبران: أحدهما حاضر والآخر مبيح، والراويان ثقتان فالحاضر أولى.

والفرق أنه لا يمكن الجمع بين قوليهما، لاستحالة أن يكون ماء واحد طاهراً ونجساً في حالة واحدة، ولأن الماء إذا تنجس لا يظهر بعد ذلك، فعلم كذب أحدهما لا

(١) انظر البحر الرائق (١٢٦/٧) وحاشية ابن عابدين (٢٣٧/٧) وفتاوى السعدي (٢/٧٨٠)، والمبسوط للشيباني (٣١٠/٢) وبدائع الصنائع (٨١/٢).

محالة وكل واحد في جواز كونه كذب كصاحبه، فاستويا وسقطا، كما قلنا في الشاهدين إذا شهدا أنه قتل فلاناً يوم النحر بمكة، وشهد الآخر أنه قتل فلاناً يوم النحر بالكوفة لم تقبل شهادة واحد منهما، وإذا سقطا رجعنا إلى الأصل، وهو ظاهر في الأصل، فجاز استعماله.

وأما الخبران فإنهما نقلاً لفظين في وقتين، ولا يستحيل وجودهما، لجواز أن يكون محظوراً فاستيح فلم يتيقن بكذب أحدهما قبلناهما، إلا أن الحاضر كالماتأخر، لأن الحاضر متحقق بعد ثبوت الإباحة فكان المتأخر أولى.

٤، ٤ - إذا كان في السماء علة فشهد واحد ثقة برؤية الهلال من رمضان قبلت شهادته^(١).

ولا تقبل على هلال شوال وذي الحجة إلا شهادة رجلين أو رجل وامرأتين. والفرق أن الشهادة على هلال رمضان لا تتضمن إيجاب مال، فجاز أن يقبل قول الواحد الثقة وإن تضمنت إيجاب عبادة كما لو روى خبراً عن رسول الله ﷺ. وأما هلال شوال فيتضمن إيجاب مال وهو صدقة الفطر، وفي الأضحى إيجاب الأضحية، وإيجاب الأموال لا يجوز إلا برجلين أو رجل وامرأتين. وفرق آخر وهو أن في الشهادة على هلال الفطر إيجاب حق على الغير من غير أن يوجب على نفسه، لأنه يجوز أن يكون فقيراً فيلحقه التهمة، فلا يقبل قوله. وليس كذلك هلال رمضان، لأنه يتضمن إيجاب الحق على نفسه وعلى غيره، وهو الصوم فصار مخبراً بإيجاب الحق على الاشتراك، فلم تلحقه التهمة فيه فقبل قوله. ولأن في الفطر إسقاط حق الله تعالى عنه وعن غيره وهو الصوم فلا يجوز إسقاطه إلا بما يجوز إسقاط سائر الحقوق به.

وأما في صوم رمضان فهو إيجاب عبادة على نفسه وعلى غيره ولا منفعة له فيه ولا تلحقه تهمة فيه، فجاز أن يقبل قوله كأخبار الأحاد.

٤٠٥ - ولو أن رجلاً تزوج امرأة فقالت المرأة: أنا أرضعتها، أو هذه أختك وسعه أن يكذبها ويطأها، وكذلك لو اشترى جارية فجاء رجل آخر وقال: هذه حرة الأصل أو أختك، وسعه أن يكذبها ويطأها.

ولو اشترى طعاماً فجاء رجل آخر وقال: هذه ذبيحة مجوسي، أو هذا الماء نجس

(١) انظر المبسوط للشيباني (١١٥/٣) وللسرخسي (١٧١/١٠).

لم يسعه تناوله.

والفرق أن إباحة أكل الطعام لا يختص بالملك، لأنه لو قال: أبحثك هذا الطعام وسعه أن يأكله، فزوال الإباحة بما يزول به الملك، فجاز زوال الإباحة بقول الواحد كما جاز إثباته.

وليس كذلك البضع، لأن استباحة البضع تختص بالملك، لأنه لا يستباح إلا ملك يمين أو بملك نكاح فجاز أن يختص زوال الإباحة بما يزال به الملك، وزوال الملك بقول الواحد لا يجوز، كذلك زوال الإباحة لو صح هذا أن إباحة البضع لما اختص بالملك، وإزالة الملك بقول الواحد لا يجوز، فبقي الملك الموجب لإباحة الوطء، فبقي الموجب وهو الإباحة.

وفي الطعام الملك ليس بشرط في إباحة أكله، لأنه يباح بالإباحة، والإباحة تزول بقول الواحد، فلم يكن الملك موجباً للإباحة، فلم يبق الموجب فجاز ألا يبقى الموجب. وجه آخر أنه وجد لإخبارها منازع، لأن أولياء المرأة يقولون ليس كذلك حتى عقدوا، وكذلك الأمة أقرت بالرق حين اشتراها، والآن تقر بالرق أيضاً، إذ ليس في المسألة أنها تدعي الحرمة فتعارض مولاهما، والظاهر جواز العقد بلا حرمة. وأما في اللحم فلا منازع يخبره، لأن البائع أخذ البديل عليه، فصار المشتري خصماً، فلا يقبل قوله فقد أخبر بالتحريم من غير منازع، فقبل قوله منه كما لو روى خبراً.

وفرق آخر أن تحريم الميتة أخف، بدليل أنها تباح بحال، وهو عند الضرورة، وتحريم البضع لا يرتفع بالضرورة، وإذا كان تحريم الميتة أخف جاز أن يعتبر التخفيف في سببه فيكون سبب ثبوته أخف، فيثبت بقول الواحد.

والبضع لما كان أكد كان سبب ثبوته أكد، فلا يقبل قول الواحد فيه.

وجه آخر أن التحريم في هذه الأشياء معتبر بالإباحة، بدليل أنه يدل على الإباحة فيزيلها، وإباحة الطعام تثبت بقول الواحد، وهو أن يقول: أبحثك هذا الطعام، حل له، ولا يحتاج إلى قوله، فجاز أن يثبت التحريم فيه أيضاً بقول الواحد.

وإباحة البضع لا تثبت بقول الواحد، لأنه إذا زوج أو وهب أو باع جارية فما لم يوجد من جهة الآخر قبول وقبض لا يباح له، فتحريمه أيضاً جاز ألا يثبت بقول الواحد.

٤٠٦ - ولو اشترى رجل طعاماً أو جارية أو ملكها بوجه هبة أو وصية أو ميراث فجاء مسلم ثقة فشهد أن هذا لفلان الفلان غصبه منه البائع أو الواهب أو الميت، فأحب

إلنا أن يتنزه عن أكله، وإن لم يتنزه كان في وسعه، وكذلك شراب في يد رجل أذن لآخر في شربه والوضوء به، فقال ثقة: هذا لفلان غصبه منه وسعه استعماله^(١).

ولو كان في يده لحم أو ماء فقال: هذا الماء نجس، أو هذا اللحم ذبيحة محوسي لم يسعه أكله واستعماله.

والفرق أن كونه ملكاً لغيره لا يوجب تحريمه، بدليل أنه لو أذن له صاحبه في استعماله جاز فلم يخبر بتحريم لحق الله تعالى، وإنما أخبر بتحريم لحق ملك الغير، والملك من حقوق الأديين، ونقل الملك وإثباته يقول الواحد لا يجوز فلم يصر الملك لغيره بقوله فبقي الملك فيه له.

وأما في ذبيحة المحوسي فقد أخبر بما يوجب تحريمه لأجل النجاسة وبكونه حراماً وهو حق الله تعالى، بدليل أنه لا يرتفع بإذن من جهة الأدي، وحق الله تعالى يثبت بقول الواحد، لأننا قد دللنا على أن إخبار الواحد في الديانات مقبولة في غير هذا الموضع.

ووجه آخر وهو أنه إذا قال: هو لفلان فلم يخبره بما يمنع تعلق حق الله تعالى به في استعماله، لأن كونه ملكاً لفلان لا يمنع وجوب استعماله عليه، لجواز أن يبيعه منه بضمن مثله أو هبة له، والظاهر أنه ملك له في يده وله إباحته، فتعلق حق الله تعالى به في استعماله فلا يجوز إبطاله إلا بما يجوز أن يطل به سائر الحقوق.

وليس كذلك إذا أخبر أنه نجس، لأنه أخبر بما يمنع تعلق حق الله تعالى به في استعماله، وهو كونه نجساً، وإخبار الواحد في حق الله تعالى مقبول.

٤٠٧- رجل تزوج امرأة فأخبرها مخبر أن زوجها قد طلقك أو مات، وسعها أن تصدقه وتزوج، وكذلك لو قالت المرأة لرجل: قد طلقني زوجي وانقضت عدتي، وسع للأجنبي أن يتزوجها.

ولو أخبرت المرأة بأن النكاح كان فاسداً، وكان الزوج مرتدّاً يوم العقد لم يسعها أن تزوج، ولو أن المرأة قالت هكذا لم يسع الأجنبي أن يتزوجها.

والفرق أن في المسألة الأولى أخبرت بما ينسني على العقد الأول من الطلاق والموت، فكان إخباراً بتحليل نفسها بسبب ممكن فصدمت، كما لو قالت: حضت أو طهرت وأنا مسلمة فتزوجني.

وليس كذلك المسألة الثانية، لأنه أخبر بما يضاد المعلوم الأول فلا يقبل قوله، كما لو

(١) انظر تحفة الفقهاء للسمرقندي (٣/٣٣٧).

عائنه شيئاً فأخبره آخر أن ذلك الشيء لم يكن كذلك لا يدع معلومه بإخباره، كذلك هذا.
وإن ثبت قلت: لإخباره منازع وهو أولياء المرأة، لأنهم يقولون: عقده كان صحيحاً، فتعارض القولان فرجع إلى الأصل، والأصل أن العقد صحيح.
وأما في الطلاق وغيره فليس لإخبارها منازع، لأن أحداً لا يقول إنه لم يطلقها والزوج غائب فقبل قوله، لأنه إخبار ثقة في الديانات.
٤٠٨ - ولو أن رجلاً أقر بين يدي رجل: أتي قتل أباك عمداً، وسعه أن يقتله بإقراره. ولو شهد عنده شاهدان أنه قتل أباه عمداً لم يكن للابن أن يقتله إلا بقضاء القاضي.

والفرق أنه وجد ما يوجب الحق، لأن نفس الإقرار يوجب الحق، بدليل أنه ليس للقاضي اجتهاد في قبوله ورده، ولهذا قال أصحابنا: لو أن إنساناً يقر لأحد بدين وسعه أن يشهد على إقراره، لأنه عاين ما يوجب الحق، وبدليل أنه لو رجع عن الإقرار لا يصح، فقد علم ما يوجب الحق له، فكان له أن يستوفيه كما لو شاهد القتل.
وليس كذلك الشهادة، لأن نفس الشهادة لا توجب الحق، بدليل أن للقاضي اجتهاداً في قبولها وردّها، ويصح الرجوع عنها.

ولهذا قلنا: إنه لو رأى رجلاً يشهد آخر على شهادته لم يسع لهذا أن يشهد على شهادته ما لم يشهده في نفسه، لأن نفس الشهادة لا توجب الحق، فلم يوجد ما يوجب القتل، فلم يجوز له قتله.

وليس كذلك إذا قضى القاضي بالشهادة، لأن الشهادة لما اتصلت بالقضاء صارت موجبة لحق، بدليل أنه ليس للقاضي اجتهاد في إبطالها بعد القضاء، ولا يجوز له أن ينقض قضاءه، فقد وجد ما يوجب الحق، فجاز له أن يستوفيه.

٤٠٩ - إذا شهد شاهدان عند امرأة أن زوجها طلقها ثلاثاً، وحشد الزوج لم يسعها أن تمكن نفسها من الزوج، ولزمه الحكم بقول الشاهدين.
ولو أن شاهدين قالوا لرجل: إن فلاناً قتل أباك عمداً لم يسعه أن يأخذ بقولهما ويقتله.

والفرق أن الشهادة على القتل تقتضي ثبوته، وثبوت القتل لا يدل على ثبوت القصاص، لجواز أن يرد معنى يطله ويسقط القصاص بعده، وإذا لم يشهدوا على ثبوت القصاص لم يسعه أن يقتله.

وليس كذلك الطلاق، لأن الطلاق الثلاث يوجب تحريم البضع لا محالة، والشهادة

عليه توجب ثبوته، ثم بعد ثبوته لا يمكن إبطاله وفسخه، فصار كما لو عاينت الطلاق الثلاث، ولو عاينت الطلاق الثلاث فإنه يلزمها امتناع النفس، كذلك هذا.

٤١٠ - إذا اشتبهت القبلة على الرجل فلم يتحرر، وافتتح الصلاة إلى جهة، ثم علم أو كان أكثر رأيه في الصلاة أنه صلى إلى القبلة لم تجز صلاته حتى يستقبلها بتكبير مستأنف.

ولو علم بعد فراغه من الصلاة أنه صلى إلى القبلة جازت صلاته. والفرق أنه قدر على أصل فرضه في الصلاة، لأن أصل فرضه القبلة لا ما أدى اجتهاده إليه، فيلزمه الاستقبال، كالمتيمم إذا وجد الماء في خلال الصلاة. وليس كذلك بعد الفراغ، لأنه قدر على أصل فرضه بعد فراغه من الصلاة فلا تلزمه الإعادة، كالمتيمم إذا وجد الماء بعد الفراغ من الصلاة. ٤١١ - إذا اختلطت جاريته بجواري غيره، أو امرأته بنساء غيره، أو قاتل أبيه برجال آخر لم يجز له أن يتحرر.

وإذا اختلط مسلوخة ميتة بمساليخ مذكاة جاز له أن يتحرر، ويأكل ما يؤدي اجتهاده إلى أنها مذكاة. والفرق أن الاشتباه عذر، فقد أكل مما يستباح للعذر بحال وهو عند الضرورة، فلذلك يجوز التحري فيه.

وليس كذلك الجواري، لأن الاشتباه نوع عذر والإيضاح لا يستباح للعذر عند الضرورة، وكذلك قتل النفس - فلا يجوز له التحري فيهما.

٤١٢ - ودك الميتة إذا اختلط بالسمن، والسمن هو الغالب جاز بيعه، فإن كان الودك هو الغالب لم يجز بيعه. والزيت إذا وقعت فيه فأرة أو نجاسة جاز بيعه.

والفرق أن الغالب إذا كان هو الودك فلا يصير مستهلكاً في السمن، فثبت حكمه بنفسه، فهذه نجاسة من طريق العين، وعقد البيع يقع على العين، والعين ودك الميتة، وعقد البيع على الميتة لا يجوز، وإن كان الغالب هو السمن صار الودك مستهلكاً فيه إذ الأقل يجعل تبعاً للأكثر فكان الجميع سناً فجاز بيعه^(١).

وليس كذلك الفأرة إذا وقعت في الزيت، لأن هذه نجاسة من طريق المجاورة، والعقد يقع على العين، والعين طاهرة فمجاورة النجاسة لا تمنع جواز البيع، كالشوب

(١) انظر البحر (٢٥٠/١) والمبسوط (١٩٧/١٠)، (١٩٨).

النجس إذا بيع.

٤١٣- إذا كان في سفر وليس معه إلا ثوبان: أحدهما طاهر والآخر نجس، فتحرى وغلب في ظنه أن أحدهما طاهر، وصلى الظهر في أحدهما، ثم دخل وقت العصر فأدى غالب ظنه إلى أن الآخر طاهر، لم يجز له أن يصلي في الثوب الآخر، وعليه أن يصلي في الثوب الذي صلى فيه الظهر.

ولو اشتبهت عليه القبلة فتحرى وصلى إلى جهة صلاة الظهر، ثم أدى غالب ظنه في وقت العصر أن القبلة إلى جهة أخرى جاز له أن يصلي العصر إلى الجهة الأخرى. والفرق أن فرضه في باب القبلة عند الاشتباه ما يؤدي إليه اجتنبه، بدليل أنه لو أدى اجتهاده إلى أن القبلة في هذه الجهة، وتركها وتوجه إلى جهة أخرى، ثم تبين أنه أصاب القبلة لم تجز صلاته، فإذا أدى اجتهاده مرة إلى جهة أنها القبلة لم يضر ذلك قبته له أبدًا، فبقي على اجتهاده، فجاز له أن يتحرى وقت العصر ثانيًا ويجتهد.

وليس كذلك الثوب، لأن فرضه في باب الثوب أداء العصر في ثوب طاهر، لا ما يؤدي اجتهاده، بدليل أنه لو تحرى وأدى اجتهاده إلى أن هذا الثوب طاهر ثم تركه، وصلى في الثوب الأخرى ثم تبين أنه صلى في الثوب الطاهر جازت صلاته، فإذا تحرى وصلى الظهر في ثوب حكمنا بجواز صلاته فيه، فقد حكمنا بطهارة ذلك الثوب، والحكم بطهارة ثوب واحد حكم بنجاسة الثوب الآخر، فإذا صلى العصر فيه، فقد صلى في ثوب حكم بنجاسته، فلم تجز صلاته.

٤١٤- إذا أجر الرجل عبده سنة للخدمة، ثم أعتقه في خلال السنة، ولم يقض المولى الأجر، فاختر العبد المضي على ما مضى للمولى وما بقي للعبد.

ولو أن المولى قبض الأجرة في أول السنة والمسألة بحالها فجميع الأجرة للمولى. والفرق أن المولى بعقد الإجارة لزمه تسليم النفس في كل ساعة، فصار كالمبتدئ للعقد في كل ساعة، ولو عقد بعد عتقه وقف على إجازته واختياره، كذلك هذا، فإذا أجاز فقد تم العقد بإجازته، فصار كتوليته بنفسه، ولو عقد بنفسه سلمت الأجرة له، كذلك هذا، وما مضى في حال الرق إنا تم العقد بإجازة المولى، والأجرة وجبت في الحال، وهو رقيق، فسلمت له.

وأما إذا قبض الأجرة في أول السنة، فقد ملك الأجرة بالتعجيل في حال الرق، ولا يزول ملكه بعقد عبده، كما لو زوج أمته ثم أعتقها، فالمهر للسيد سواء قبض أو لم يقبض لهذا المعنى أن المهر يجب بنفس العقد، ووجد العقد في حال الرق، فسلم له المهر،

كذلك هذا.

٤١٥- ولو أجر العبد نفسه بغير إذن المولى، وقبض الأجرة أو لم يقبضها حتى عتق فأجرة ما مضى في حال الرق للمولى، وما بقي في حال العتق للعبد. ولو كانت الإجارة بإذن المولى، أو تولى بنفسه فالأجرة المقبوضة للمولى خاصة. والفرق أن العبد إذا أجر نفسه فالعقد فاسد، فلا تملك الأجرة فيه إلا بتمام العمل، ولا تملك بالقبض، فاستوى وجود القبض وعدمه، ولو لم يقبض لكان أجر ما مضى للمولى، وما بقي للعبد، كذلك هذا. وليس كذلك إذا كان العقد بإذن المولى أو أجره بنفسه، لأن العقد هناك صحيح، فإذا عجلت الأجرة ملكها المولى بالتعجيل في حال رقه فكان له كما قلنا في مهر الجارية. ٤١٦- إذا أبق العبد فوهبه مولاه من ابنه الصغير جاز.

وإن وهبه لرجل آخر أجنبي لم يجز. والفرق أن إبقه لم يزل يد المولى عنه، بدليل أنه لا يثبت لغيره يد عليه، فبقي حكم يد المولى، وهبته من ولده الصغير بيده له جائزة، كما لو كان حاضرًا فوهبه من ابنه، ولم يسلمه إلى أحد جاز، كذلك هذا. وليس كذلك إذا وهبه من أجنبي، لأن الهبة للأجنبي لا تتم إلا بالتسليم، والتسليم في الأبق لم يوجد فلم تجز الهبة. ٤١٧- إذا أحر الأب ابنه الصغير، أو أحر الوصي اليتيم مدة، فبلغ اليتيم قبل انقضاء مدة الإجارة، فله الخيار.

ولو أحر عبدًا له أو دارًا له، فبلغ قبل مضي مدة الإجارة فلا خيار له. والفرق بينهما أن الغضاضة تلحقه في أن يكون أجير القوم بعد البلوغ ولا تلحقه الغضاضة في حال الصغر، لأن العادة جرت بأن الصبيان يؤجرون ليتعلموا الحرف، فإذا لحقته الغضاضة صار عذرًا، فجاز له أن يفسخها. وليس كذلك إذا أحر داره أو عبده، لأنه لا تلحقه الغضاضة، بأن يكون ملكه في حكم إجارة غيره، فلم يصر عذرًا والإجارة لا تنفسخ إلا بعذر، ولم يوجد فبقيت الإجارة.

٤١٨- إذا جاء رجل بالأبق إلى صاحبه فله أن يمسه حتى يأخذ الجمل. ولو استأجر حمالًا لينقل حمولة إلى منزله، فنقل الحمولة إلى منزله - لم يكن له أن يمسه حتى يستوفي الأجرة.

والفرق أن إباق العبد جناية منه، إذ لو لم يكن جناية لكان خروجاً برضا المولى فلا يكون إباقاً ورده إبراء له من الجناية، بإذن مالكه حكماً واجباً له، فصار كما لو كان مرهوناً فقضى الدين بإذن الراهن فله إمساكه، ليرد عليه دينه، كذلك هذا. وليس كذلك الحمال، لأن العين المحمول له لم يثبت له حكم الجناية والإنلاف، منه يكن نقله إحياء لملكه، وإنما عمل له عملاً لم يكن له أثر في عين ذلك الشيء، فلم يكن له حبسه به كسائر أمواله غير الشيء المحمول. والله أعلم.

كتاب الغصب

- ٤١٩- إذا استولى على دار إنسان فانهدم من غير فعله فلا ضمان عليه.
وقال في الرجوع عن الشهادات: إذا شهدوا لرجل بدار فحكم الحاكم بشهادتهم، ثم رجعوا بعدما انهدم الدار ضمنوا قيمته.
- والفرق أن الشهود بشهادتهم أتلّفوا الملك على المشهود عليه، بدليل أنه لو أقام البينة لم تقبل منه، فقد نقلوا الملك منه إلى غيره على وجه التعدي فضمنوا.
- وفي الغصب بالاستيلاء لم ينقل الملك ولا العين ولم يتلفه، فاستحال وجوب الضمان عليه، كما لو حبس رجلاً حتى ضاع ماله.
- ٤٢٠- رجل غصب من رجل جارية وباعها من غيره، فاستولدها المشتري، ثم استحقها صاحبها وأخذ قيمة الولد والعقر رجع المشتري على البائع بتلك القيمة. ولا يرجع بالعقر.
- والفرق أن الولد يستحق بالعقد، بدليل أنه يجوز إفراده بالعقد، وبدليل أنه لو حدث عند البائع عيب قبل القبض فسلمه مع الأم - كان له حقه من الثمن، حتى يردّه بالعيب، فقد يضمن بالعقد سلامة الولد من غير بدل، ولم يسلم له، فكان له الرجوع عليه بالثمن، دليله الأم.
- وليس كذلك العقر، لأن الوطاء لا يستحق بالعقد، بدليل أنه لا يجوز إفراده بالعقد، وبدليل أنه يجوز العقد على جارية لا يحل له وطئها، فلم يضمن بالعقد سلامة الوطاء له من غير بدل، فلا يكون له الرجوع عليه.
- ٤٢١- إذا غصب دابة فقطع يدها أو رجلها، فإن كانت دابة لا يؤكل لحمها غرمه كمال القيمة.
- وإن كانت مما يؤكل لحمها غرمه النقصان إن شاء وأمسك العين، وإن شاء ضمنه كمال القيمة والدابة له.

والفرق أنه فوت معظم منافعها حية، ولم يفوت منافعها مذبوحة، فقد فوت بعض منافعها وبقي البعض - فله أن يضمه النقصان، كما لو قطع أذنهما. وليس كذلك إذا كانت دابة لا يؤكل لحمها، لأنه فوت جميع منافعها، لأنها لا تصلح للركوب والحمل عليها ولا للأكل، فصار كما لو قتلها ولو قتلها غرم كمال قيمتها، كذلك هذا.

٤٢٢ - لو غصب جلد ميتة من إنسان فديعه بشيء له قيمة مثل العفص وغيره فلصاحبه أن يأخذه ويعطيه ما زاد الدباغ فيه^(١). ولو غصب خمرًا من مسلم وألقى فيه شيئاً له قيمة فاتخذها خلًا فلا سبيل لصاحبها عليها، ولا شيء له عليه، وإن صارت خلًا بنفسها أو جعلها خلًا بشيء غير متقوم من ملكه فلصاحبها أن يأخذها، ولم يكن عليه شيء. والفرق أنه لم يحدث في الجلد ما أزال الاسم الأول، ولم ينقله من جنسه إلى جنس آخر، فلم ينقطع حق صاحبه عنه، والصبيغ عين ملك قائم له فيه، فلم يجز تملكه عليه من غير بدل، فإذا أخذه ضمنه له.

وليس كذلك الخمر، لأنه أحدث فيه من ملكه ما أزال الاسم الأول، ونقله من جنسه إلى جنس آخر، لأنه خلط عين ملكه به وهو قائم فيه، ولا يمكن تمييزه فانقطع حق صاحبه عنه، كما لو غصب حنطة فطحنها، وليس له عين ملك قائم فيه، لأن الخمر لم يكن مالا فلم يضمن له شيئاً فبردها، وأما إذا لم يلق فيها شيئاً فهو عين ملكه انتقل من جنس الخمرية إلى جنس الخل، فكان له كما لو صار خلًا في يد صاحبه.

٤٢٣ - إذا غصب جارية فحبلت عنده ثم ماتت من الولادة في يد المولى ضمن كمال قيمتها، وجعل كأنها ماتت في يد الغاصب عند أبي حنيفة (رحمة الله عليه). ولو غصب جارية حبل فولدت عند الغاصب فماتت من الولادة ضمن الغاصب قيمتها ناقصة بالحبل، ولم تجعل كأنها ماتت في يد المولى.

والفرق أن الحبل في يد الغاصب مضمون عليه، وما يتولد من المضمون يكون مضموناً فتلفت في ضمانه.

والحبل في يد المولى غير مضمون، فما يتولد منه لا يستند إليه، وجعل كأنها ماتت في غير الحبل، ولو كان كذلك يضمن الغاصب قيمة الجارية ناقصة، كذلك هذا.

٤٢٤ - إذا غصب جارية فولدت عنده ونقصتها الولادة وماتت الأم وبقي الولد

(١) انظر البحر الرائق (٨/١٤١، ٣٢١)، والبسوط (١١/٩٦، ١٠٥)، والبدائع (٧/١٦٣، ٢١٤).

ضمن قيمة الأم يوم الغصب، ويرد الولد، وكذلك ذكر في السبع لو باع حارية نجاشي إلى أجل، فالبيع فاسد، فإن ولدت في يده وماتت الأم وقد نقصتها الولادة غرم قيمة الأم ولا يجبر نقصان الولادة بالولد.

وقد قالوا في الغاصب إذا قتل الجارية المغصوبة بعدما ولدت في يده وقتل الولد أيضًا بقيمة الجارية ألف وقد نقصتها الولادة مائة وقيمة الولد مائتان، فإن الغاصب يضمن قيمة الجارية ألفًا ويضمن من قيمة الولد مائة، ويجبر نقصان الولادة بقيمة قيمة الولد. والفرق أن الجارية لما ماتت وجب إسناد الضمان إلى حالة الغصب، لأنه ليس هناك حالة أخرى يمكن إسناد الضمان إليه، وبذلك أنه يراعي قيمتها وقت الغصب وحالة الغصب هي كاملة، فإذا ضمن قيمتها بكما لها استغنى عن الجبر بالولد، فكذلك لا يجبر نقصانها بالولد وليس كذلك إذا قتلها، لأنه وجد هناك حالة أخرى يجب الضمان به غير حالة الغصب وهي القتل، فيمكننا تضمينه في تلك الحالة ناقصة، ويجبر النقصان بقيمة الولد.

٤٢٥ - إذا غصب جارية فولدت ونقصتها الولادة وماتت الأم - ضمن قيمة الأم ولا يجبر نقصان الولادة بالولد. ولو لم تمت الأم ردها، وجبر نقصان الولادة بالولد.

والفرق أن الجبران إنما يتصور بعد بقاء الأصل، فإذا بقي الأصل جاز له أن يجبر النقصان، وإذا فات الأصل لم يتصور الجبران، والدليل عليه سجود السهو لما كان جبراً للصلاة لم يثبت حكمه إلا بعد بقاء الصلاة، حتى أنه لو سها في صلاته ثم أفسدها لم يلزمه قضاء سجود السهو، ولو لم يفسدها لزمه قضاء سجود السهو، كذلك هذا، وكذلك لو جاوز الميقات غير محرم لزمه دم فلو فسد الحج أصلاً بعد ذلك سقط الدم عنه، ووجب القضاء، فسقط الجبران عند فوت الأصل، ولا يسقط مع بقائه ههنا، كذلك هذا.

ووجه آخر: أن الأصل صار مضموناً عليه عند التلف، فجاز أن يسقط ضمان الأجزاء، كما لو قطع يد عبد ثم قتله، فإنه يسقط عنه ضمان اليد، فصار كأنه قتله ولم تقطع اليد، كذلك هذا صار كأنها ماتت ولم ينقصها الولادة.

وليس كذلك إذا لم تمت، لأن الأصل لم يصير مضموناً عليه، فجاز أن يجب ضمان الأجزاء، كما لو قطع يده ولم يقتله.

ووجه آخر أن الولد بعض من الأم، فلو جبرناها به لأقمنا بعض الشيء قائماً مقام كله عند فواته، وهذا لا يجوز، لأن الكل قوي.

وليس كذلك إذا لم تمت الأم، لأننا لو جوزنا ذلك لأقمنا بعض الشيء مقام بعضه، وهذا جائز، إذ البعض نظير البعض، ومثله في الضعف، فجاز أن يقوم مقامه بخلاف الكل.

٤٢٦- إذا غصب مملوكًا أمرًا فحرج وجهه، وردّه لم يغرم شيئًا آخر، ولا يكون ذلك عيبًا. ولو غصب غلامًا شابًا، فصار شيخًا في يده ثم رده - فإنه يقوم شابًا ويقوم شيخًا فيضمن فضل ما بينهما.

والفرق أن اللحية ليست بنقصان، بدليل أن من حلقها لم تنبت ضمن أرشها. فصار هو زيادة، والزيادة لا تكون عيبًا ونقصًا. وليس كذلك الشيخوخة، لأن الصفة تتغير والقيمة تذهب والقيمة تنقص، فصار كقطع عضو منه.

٤٢٧- إذا غصب عصيرًا فصار حلاً، ولينا فصار ماضيًا واختار صاحبه أخذه لم يكن له أن يضمن الغاصب النقصان^(١). ولو غصب ثوبًا فقطعه فلصاحبه أن يأخذه ويضمنه النقصان^(٢).

والفرق أن العصير واللبن مما يجري فيهما الربا فلو جوزنا أن يأخذ النقصان لصار معترضًا عن الجودة بدلًا، فيحصل له مثل كيله ووزنه وزيادة، فكان ربا فلم يكن له أن يضمنه النقصان، (كما لو غصب حنطة فأصابها ماء فعقت فاختر صاحبها أخذها لم يكن له أن يضمنه النقصان) كذا هذا.

وليس كذلك الثوب، لأن الثوب مما يجري فيه الربا فإذا أخذ عن النقصان بدلًا صار معترضًا عن الجودة والقيمة في الثوب فلا يؤدي إلى الربا فجاز، كما لو غصب عبدًا وقطع أصبعًا منه ضمن النقصان، كذلك هذا.

٤٢٨- رجل غصب ثوبًا وعصفرًا لرجل واحد فصبغه به فلصاحبه أن يأخذ الثوب مصبوغًا ويرثه من الضمان^(٣).

وإن كان الثوب لواحد والصبغ لآخر وقد صبغه الغاصب به فرضيًا بأخذه وأبرأه من النقصان لم يكن لهما ذلك إلا برضاه، ولم يكن لصاحب الثوب أن يأخذ الثوب ويرد على الغاصب ما زاد قيمة الصبغ، ويتبع صاحب العصفر الغاصب بعصفر مثل عصفره. والفرق أن الصبغ إذا كان لواحد والثوب لآخر فإذا صبغه به صار الصبغ مستهلكًا في ملك غيره، وزال ملك صاحبه عنه، ووجب عليه مثله، فلم يكن لصاحبه عليه سبيل بعد زوال ملكه.

(١) انظر: تحفة الفقهاء (٩٢/٣)، والبحر (١٤١/٨)، والبدائع (١٦٠/٧، ١٦٣).

(٢) انظر تحفة الفقهاء (٩٢/٣). وشرح فتح القدير (٤٩/٧)، والبدائع (١٥٠/٧).

(٣) انظر الهداية (١٧/٤)، والبحر (١٣٤/٨)، والبدائع (١٦٢/٧).

وليس كذلك إذا كان لواحد، لأن مال الإنسان لا يصير مستهلكاً بخلطه بماله وإنما يصير ناقصاً، فلم يزل ملك صاحبه عن الصغ فلا يضمه، وكان لصاحب الثوب أخذهما. ٤٢٩- إذا اشترى بالدرهم المغصوبة ثوباً وسعه التصرف في الثوب. ولو اشترى بالدرهم المغصوبة دنانير لم يسعه التصرف في الدنانير.

والفرق أن الشراء يقع بمضمون في ذمة المشتري، ثم يصير قصاصاً بالمقبوض فإذا كان المقبوض مغصوباً لم يصير ملكه وبالأخذ لم يصير قصاصاً، فكأنه اشترى يدين في ذمته فبقي ملكه في الثوب، فجاز تصرفه فيه.

وليس كذلك الدنانير، لأنه يقع بمضمون في الذمة، لأن التقابض في المجلس شرط. لأنه صرف فإذا لم يسلم له المقبوض لكونه مغصوباً وجب رد الدنانير، ويصير كالمقبوض على عقد فاسد، فلم يسعه التصرف فيه.

ولهذا المعنى قال أصحابنا: إنه لو غصب ثوباً فاشترى به جارية لم يحل له وطؤها، لأن الثوب لو استحق يتعين في العقد، فإذا استحق وجب عليه رد الجارية، فهي مقبوضة على عقد فاسد. ولو تزوج على ثوب مغصوب حل له وطء الزوجة، لأن الثوب لو استحق لم يفسخ النكاح، وإنما يغرم قيمة الثوب.

٤٣٠- إذا استأجر المغصوب منه الغاصب أن يعلم العبد الحيز والكتابة فذلك جائز وهو في يد الغاصب على ضمانه. ولو كان الغاصب ثوباً فاستأجر صاحب الثوب الغاصب أن يقتله فهو جائز، ولا يخرج ذلك من الضمان. ولو كان المغصوب عبداً فأجره من الغاصب للخدمة، أو كان ثوباً فاستأجره للبسه، أو كانت دابة فاستأجرها ليركبها، فقبل الغاصب الإجارة برئ الغاصب من الضمان.

والفرق أن استئجار الغاصب على تعليم العبد الحيز وقتل الثوب لا يقتضي ثبوت يده عليه، لأنه قد وقع العمل فيه وهو في يد المولى، فلم يوجب له يداً فيه، فلم يبرأ عن الضمان.

وليس كذلك إذا استأجره للخدمة أو للبس أو الركوب، لأن العقد على الركوب يقتضي تسليم الدابة إليه، ليجب الأجر بالتسليم، وكذلك اللبس والخدمة، بدليل أنه لو سلم ولم يركب واستصحبه ماشياً في الطريق استحق الأجر، فقد أوجب له يداً فيه من جهة نفسه، فكأنه ارتجعه منه ثم أجره إياه.

٤٣١- إذا غصب صبيّاً حرّاً فقتله إنسان في يد الغاصب فلولي الصبي أن يضمن

الغاصب دينه^(١). ولو أمسك رجلاً حتى جاء آخر وقتله لم يضمن الممسك.
والفرق أن الغاصب قرب الصبي من الإتيان، لأنه لو كان في يد والديه دفعوا
القائل عنه، فصار بتقريبه منشأ التلف فصار جانيًا، فضمن، كما لو حمل السيف عليه أو
ألقاه عليه أو حفر بئرًا ودفع إنسانًا فيها.
وليس كذلك الممسك، لأنه لم يقر به إلى الإتيان، لأنه باق على مكانه فهو
مسبب فقط غير ناقل ولا جان وبمجرد التسبب لا يضمن، كحافر البئر ووضع الحجر في
الطريق.

٤٣٢ - إذا غضب عبدًا فقتل العبد في يده قتيلاً فردّه على صاحبه فقده أو دفعه في
الدية رجع السيد على الغاصب بالأقل من قيمته ومن أَرش الجناية. ولو غضب صبيًا حرًا
فقتل عنده قتيلاً لم يضمن الغاصب شيئًا.
والفرق أن العبد كان في ضمان الغاصب، بدليل أنه لو مات وجب الضمان عليه
وقد يستحق أَرش الجناية بسبب أنه كان في ضمانه، فكأن الغاصب أخذ ذلك العبد من
ماله فسلمه إلى المستحق يضمن.
وليس كذلك الصبي، لأن الصبي لم يدخل في ضمان الغاصب، بدليل أنه لو مات لا
يضمن فلم يستحق الأَرش عليه بمعنى في ضمانه، فلا يضمن، كما لو لم يقبضه، وإنما
يضمن الجناية عليه، لأنه كالمقرب إياه من الجناية.

كتاب الصيد والذبائح

٤٣٣ - إذا رمى صيدًا في الهواء فأصابه السهم، فوقع في ماء، فمات لم يحل له
أكله. ولو ذبح شاة ففقطع الحلقوم والمريء، ثم وقعت في ماء فماتت حل أكلها^(٢).
والفرق أن الرمي ليس بذكاة مستقر حكمها، بدليل أنه لو أدركه حيًا لزمه ذبحه،
فوقوع التلف بمعنى ليس بذكاة بعده توجب التحريم، كما لو لم يرمه ووقع الماء. وليس
كذلك قطع الحلقوم، لأنها ذكاة مستقرة، فوجود ما ليس بذكاة بعده لا يمنع إباحته كما
لو ذبحه مسلم ثم جاء بمجوسي وأبان رأسه.
٤٣٤ - إذا رمى صيدًا في الهواء فأصابه فوقع على جبل فتردى منه فوقع على

(١) انظر الهداية (٢١٥/٤)، والبحر (٤٤٥/٨) وحاشية ابن عابدين (٥٤٤/٦).

(٢) انظر تحفة الفقهاء (٧٤/٣).

الأرض ومات، أو وقع على رمح منصوب أو حجارة محددة أو في ماء فمات لم يحل^(١). ولو وقع على الأرض فمات يحل.

والفرق أن وقوعه في الماء وترديه من الجبل ليس من موجب الرمية، لجواز أن يصيبه السهم فلا يسقط في الماء، فإذا وقع في ماء يجوز وقوع التلف منه فقد اجتمع فيه ما يقع به الذكاة وما لا يقع، فحرم أكله، دليله لو شاركه بحوسي في ذبحه.

وليس كذلك إذا سقط على الأرض، لأن سقوطه على الأرض من موجب الرمي لاستحالة أن يبقى في الهواء ميتاً، فقد تلف بمعنى هو من موجب الرمي، فصار كما لو كان على الأرض فأصابه السهم، فمات فإنه يحل كذلك هذا.

٤٣٥ - إذا أرسل كلبه على صيد فأخذه وتجاوز منه إلى غيره فأخذه حل أيضاً. ولو وقف عليه طويلاً ثم أخذه لم يحل.

والفرق أن تلك الجهة جهة ذكاة، بدليل أنه لو لم يأخذ إلا واحداً لوقع قعله ذكاة، وحل أكله فما أخذ في تلك الجهة يكون مذكاة، وقد أصاب الثاني في تلك الجهة، لأن الفصل بينهما نقل لا يقطع تلك الجهة إذا لم يشتغل بعمل آخر، ولم يمكث طويلاً وقليل الفصل لا يقطع الجهة فحل الجميع، كما لو رمى صيداً فنقذ وأصاب غيره حل الجميع، كذلك هذا.

وليس كذلك إذا جثم عليه طويلاً لأنه جثم طويلاً فقد انقطعت تلك الجهة، لأن الفصل بينهما يكثر فصار ابتداء الثاني ذهاب من غير إرسال، فلم يحل، كما لو رجع إلى صاحبه، ثم ذهب بنفسه واصطاد.

٤٣٦ - وإذا رد سبع أو كلب غير معلم صيداً على كلب معلم فقتله لم يحل أكله. ولو رد بحوسي عليه صيداً حتى قتله حل أكله.

والفرق أن رده عليه إعانة له، والإعانة على ضربين: إعانة بالسبب وإعانة بالمباشرة، والكلب ليس من أهل الإعانة بالسبب، لأن الإعانة بالسبب أن يحد الشفرة، أو ينصب الشبكة، أو يحفر حفيرة، ويستحل وجود ذلك من الكلب، فجعل إعانته بالمباشرة دون السبب، والإعانة بالمباشرة ممن لا يقع بفعله الذكاة، فهو يوجب التحريم كما لو باشره ذلك الكلب الآخر معه، أو شارك المحوسي المسلم في ذبح شاة.

وليس كذلك إذا رده عليه بحوسي، لأن رده عليه إعانة له، والإعانة بالسبب من

(١) انظر تحفة الفقهاء (٧٤/٣).

المجوسي تصح لأنه يمكنه أن يحد السكين، ويشد قوائم الصيد، فجعل رده سبباً إذا وجد ممن لا تقع به الذكاة لا يحرم، كما لو شد المجوسي قوائم الشاة فذبحها المسلم يحل، كذلك هذا.

٤٣٧ - الجراد إذا ماتت بغير سبب حلت^(١).

والسمك إذا ماتت بغير فعل أحد وطفأ كره.

فمن أصحابنا من قال: إنما يكره، لأنه إذا طفا تن وتغير فكره أكله كما يكره أكل لحم المتن، وأما الجراد فلا يتغير ولا ينتن فحل.

ومن أصحابنا من قال: إن السمك إذا مات بغير فعل أحد ولم ينتن يكره أيضاً، وفرق بينه وبين الجراد.

والفرق أن الجراد لا يتغير بمضي الأيام عليه، ولا يحله نجاسه الموت إذا صار بحالة لا يرد عليه الفساد طهر وهو جلد الميتة إذا وقع في ماء فإذا قارب الموت ما لا يرد عليه الفساد أولى ألا ينجسه.

وأما السمكة فإنها تنتن بمرور الأيام عليها فموته بغير سبب ينجسه كلحم الميتة.

٤٣٨ - إذا أرسل الكلب على صيد فانتهش منه قطعة في حال اتباعه فأكله ثم اتبعه فأخذه وقتله لم يحل أكله.

وإن ألقى تلك القطعة واتبع الصيد وأخذه وقتله ولم يأكل منه حتى أخذه صاحبه ثم عاد فأكل تلك القطعة حل أكله.

والفرق أنه لما لم يسلمه إلى صاحبه حتى أكل منه علم أنه أمسكه على نفسه دون صاحبه، فخرج عن حد التعليم، فصار صيد كلب غير معلم، فلا يحل، وليس كذلك إذا سلمه ثم أكل، لأنه لما سلمه إليه فقد تم إمساكه في جهة الإرسال، ولم يجب عليه الإمساك بعد ذلك، وهذا الجزء منه ميتة، فقد أكل ما لم يجب عليه إمساكه على صاحبه، فلم يخرج عن كونه معلماً، كما لو سلخه صاحبه ثم جاء وأكل من لحمه لم يحرم أكله، كذلك هذا.

٤٣٩ - إذا رمى بالمعراض إلى الصيد فأصابه بعرضه فجرحه لم يحل أكله.

وإن أماته بحدده وقطعه وبعضه حل^(٢).

(١) انظر الإجماع لابن المنذر (ص ١٢٥).

(٢) انظر البحر الرائق (٢٦٠/٨) وبدائع الصنائع (٤٩/٥).

والفرق أن ما يحصل من الجرح بعرض المعراض أو السهم فهو شق، وليس بخرق ولا قطع فلا يحل لقوله عليه السلام: «وإن لم يخرق فلا تأكل»^(١) ولقوله تعالى: ﴿وَالْمَوْقُودَةُ﴾ [المائدة: ٣].

وليس كذلك إذا أصاب حده، لأنه قطعه بحدّه، فصار كما لو قطعه بالسهم والمزراق والسيف، والأصل فيه قوله «إذا خرق المعراض فكل»^(٢).

٤٤٠ - بشر عن أبي يوسف لو أن رجلاً أضجع شاة لينبحها وسمى ثم بدا له فأرسلها وأضجع أخرى فذبحها بتلك التسمية الأولى لم يجز، لأنه ترك التسمية. ولو رمى صيداً فأخطأه وأصاب آخر فقتله فلا بأس بأكله.

والفرق أنه يقدر على أن يسمي على كل ذبيحة، فإذا سمي وقعت التسمية الأولى فإذا لم يذبحها وذبح الثاني لم تقع التسمية للثاني فقد ذبح من غير تسمية فلم يجز. وليس كذلك الرمي، لأنه لا يقدر على تعيين التسمية من الصيد، لأن الرامي قد يقصد الرمي إلى الصيد فيصيب غيره، كما أن الكلب قد يرسل على صيد فيأخذ غيره، فصار عذراً وسقط تعيين التسمية للعذر، فاستوى لإصابة الأول والثاني، ولو أصاب الأول حل كذلك الثاني.

ولهذا المعنى قلنا: لو نظر إلى صيود فأرسل كلباً وسمى فأى صيد أخذه وقتله حل، ولو نظر إلى أغنام وسمى ثم أخذ واحدة وذبحها وظن أن التسمية الأولى تجزبه لم يجز. وجه آخر هو التسمية في الرمي تعين وقت الرمي، لا وقت الإصابة، بدليل أنه لا يمكن من التسمية حالة الإصابة، لأنها ليست من فعله فاستحال أن يتوجه عليه فيه تكليف، وقد وجدت التسمية وقت الرمي فحل.

وليس كذلك الذبح، لأنه عين التسمية في الذبح وقت القطع، بدليل أنه يمكن من التسمية في تلك الحالة فاستحال أن يشترط التقديم من غير عذر، ووقت ذبح الثاني لم توجد تسميته فلا يحل.

٤٤١ - ولو أن رجلاً ذبح شاة وسمى، ثم ذبح أخرى وظن أن التسمية الأولى جازية عنهما لم تؤكل فلا بد من أن يحدث لكل ذبيحة تسمية. ولو رمى بسهم فقتل به

(١) رواه أبو يوسف في الآثار (ص ٢٤١)، (١٠٦٣)، قال: عن أبي حنيفة عن حماد عن إبراهيم أنه قال...نذكره.

(٢) انظر الآثار (ص ٢٤١)، والمبسوط (٢٢٢/١١). قلت: وأصل ذلك ما رواه البخاري (٧٥٢/٢)، ومسلم (١٥٢٩/٣) وانظر الدراية للحافظ (٢٥٥/٢)، ونصب الراية (٣١٦/٤).

من الصيد اثنين فلا بأس بذلك، وكذلك لو أرسل كلبًا وسمى فقتل من الصيد اثنين فلا بأس بذلك.

والفرق أن الإرسال والرمي جعل ذكاة وهو فعل واحد يكفيه تسمية واحدة وإن أدى إلى تقويت روحين كما لو وضع السكين على حلق شاتين وجرها دفعة واحدة كفاه تسمية واحدة، لأن الفعل واحد، كذلك هذا.

وليس كذلك الذبح، لأن الفعل تجدد منه عند كل ذبيحة، فجاز أن يعتبر أيضًا تجديد التسمية، كما لو فصل بينهما بمدة.

فإن قيل ظنه أن التسمية في الشاة الأولى تجزئ عن الثانية عذرًا فهو كنسيانه التسمية.

قلنا: إن الجهل يفارق النسيان، ألا ترى أنه لو جهل أن الأكل يفطر الصائم فأكل بطل صومه، ولو نسي الصوم فأكل لم يبطل صومه فافترقا.

٤٤٢- إذا أضجع شاة لينذبحها فأخذ السكين وسمى، ثم ألقى ذلك السكين وأخذ آخر فذبحها به أجزأت التسمية الأولى. ولو أخذ سهمًا وسمى ووضع ثم أخذ سهمًا آخر ورمى به ولم يسم لم يؤكل^(١).

والفرق أن التسمية في الرمي تقع على السهم دون الرمي إليه، بدليل أنه لو رمى إلى واحد وسمى فأصاب آخر حل فوقعت التسمية للسهم الأول، فلا يحل الثاني بغير تسمية. وليس كذلك السكين، لأن التسمية تقع على المذبوح دون الآلة لأننا بينا أن نفس التسمية شرط، فوقعت التسمية لتلك الشاة فلا يعتبر آلة دون آلة، فبأي سكين ذبح حل والله أعلم.

كتاب العارية والوديعة

٤٤٣- إذا استعار دابة ولم يسم ما يحمل عليها ولا مكانًا ولا وقتًا فأعارها منه ثم إن المستعير أعارها من غيره لم يضمن. ولو أجرها ضمن.

والفرق أنه علم أن الإذن في الانتفاع به، ولم يخص له نوعًا دون نوع، وإعارته من أنواع الانتفاع لأنه يكافئه ويحمده ويشكره، فإذا لم يمنع به الرد لا يجب عليه الضمان، كما لو انتفع بنفسه.

وليس كذلك إذا أجر، لأن عقد الإجارة يوجب التسليم فقد عقد على المستعار

(١) انظر البحر (١٩١/٨)، والمبسوط (٤/١٢) والبدائع (٤٩/٥).

عقدًا يوجب التسليم، ويمنع الرد، وليس له أن يمنعه عن صاحبه، فليس له أن يقصد عقد المنع كما لو باعه.

٤٤٤ - وإذا استعار دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فحمل عليها أحد عشر محتومًا ضمن جزءًا من أحد عشر جزءًا من قيمتها^(١). ولو استعارها ليركبها هو فركبها وأردف معه رجلًا أثقل منه ضمن نصف قيمتها، ولا يعتبر الثقل ههنا. ولو أذن لرجل أن يضرب عبده عشرة أسواط فضربه أحد عشر سوطًا فمات ضمن نصف قيمته.

والفرق أن في الحنطة التلف وقع بالثقل، والجزء الواحد لا يعادل عشرة أجزاء في وقوع التلف به إذ يستحيل أن يتلف بجزء، ويسلم من عشرة، فصار كل جزء منها حنطة على حدة، فقد تلف النفس بإحدى عشرة جناية عشرة مأذون فيها وواحد غير مأذون فضمن جزءًا من أحد عشر جزءًا.

وليس كذلك الضرب، لأن السوط الواحد يعادل عشرة أسواط، ووقوع التلف به ممكن لجواز أن يتلف من واحد، ويسلم من عشرة فصارت العشرة كالواحد، فكان النفس تلفت بجنايتين إحداهما مأذون فيها والأخرى غير مأذون فيغرم نصف قيمته.

وأما الركوب فنفس الركوب جناية لجواز أن يركب واحد فيفسد الدابة ويقتلها بحيث لا يهتدي إلى الفروسية، وإن كان خفيفًا، وآخر يركب الدابة فيصلحها وإن كان ثقیلاً، كما يجوز أن تسلم من الجراحة الكبيرة وتلف بالصغيرة، فقد تلفت النفس بجنايتين إحداهما مأذون فيها والأخرى غير مأذون فيها، فصار كما لو أذن لواحد أن يضرب عبده سوطًا فضربه سوطين فمات ضمن نصف قيمته، كذلك هذا.

٤٤٥ - إذا أعاره دابة فجاء مستحق واستحقها وضمن المستعير لم يرجع على المعير بشيء. ولو أجرها ثم استحققت وضمن المستأجر رجع بما ضمن على المؤجر. والفرق أن المؤجر بعقد الإجارة أوجب سلامة المنفعة له من غير ضمان يلحقه، والإجازة عقد ضمان، فإذا لم يسلم له كان له أن يرجع عليه.

وليس كذلك العارية، لأن العارية عقد تبرع فالمعير لم يضمن سلامة المنفعة له فلم يكن له أن يرجع عليه، كما لو وهب من إنسان شيئًا فاستحق فإنه لا يرجع عليه، كذلك هذا.

أو لأن يد المستأجر يد لمن أجر، بدليل أن منفعته تعود إليه، لأنه سلم الأجرة من

(١) انظر المبسوط (١٣٨/١١)، (١٢/١٦) والبدائع (٢١٦/٦).

غير شيء يلزمه فصار يداً له فقد ضمن بيد له، فصار كما لو ضمن بعقد، ولو ضمن بعقد له الرجوع عليه، كذلك إذا ضمن بيد له.

وليس كذلك العارية، لأن يد المستعير يد لنفسه، بدليل أن منفعته تعود إليه، وسلمت له المنفعة من غير أن يلزمه شيء، فقد ضمن بيد نفسه، فلا يرجع بما ضمن على غيره، كما لو غصب شيئاً من إنسان فجاءه إنسان واستحققه، لم يكن له أن يرجع على المغصوب منه بشيء، كذلك هذا.

٤٤٦- وإذا قال لرجل: استودعني ألف درهم فضاغت، وقال الطالب: بل غصبتها، فالقول قول المستودع. ولو قال لرجل: أخذت منك ألف درهم وديعة فضاغت، وقال الطالب: لا بل غصبتها، فالقول قول الطالب.

والفرق أنه لما قال استودعني فلم يحك عن نفسه فعلاً موجباً للضمان، وإنما أضاف الفعل إلى غيره، فأنرده بالفعل فصار كما لو قال: وضعتها بالقرب مني فضاغت، ولو قال هكذا لم يجب الضمان عليه، كذلك هذا.

وليس كذلك إذا قال: «أخذتها»، لأنه أضاف فعل الأخذ إلى نفسه، والأخذ فعل موجب للضمان، وبدليل ما روي عن النبي عليه السلام أنه قال: «على اليد ما أخذت حتى ترد»^(١)، فقد أقر بفعل موجب للضمان، وادعى البراءة فلم يصدق على دعوى البراءة وغرم، كما لو قال: «هدمت جدارك بإذنك، ومزقت ثوبك بإذنك».

٤٤٧- إذا استعار شيئاً له حمل ومثونة مثل الرحي وغيره، ثم أراد أن يرده فمثونة الرد على المستعير، وكذلك مؤونة الرد على الغاصب.

وأما إذا استأجر شيئاً له حمل ومؤونة فمؤونة الرد على المكري دون المستأجر.

والفرق أن يد المستعير يد لنفسه، بدليل ما بينا، وكذلك الغاصب، فلو أوجبنا عليه مثونة الرد لم يثبت له الرجوع على المعير، فجاز أن تلزمه المؤونة.

وليس كذلك المستأجر، لأن يده يد للمكري، بدليل ما بينا فلو أوجبنا عليه الأجرة فيما يرد لجعلنا له الرجوع عليه، فمن حيث يرد يرجع عليه، فلا فائدة في الوجوب.

٤٤٨- قال في الأصل: وإن قال المودع: «بعثت بالوديعة إليك مع رسولي وسمى أجنبياً فهو ضامن حتى يقر المعير بوصولها إليه، وكذلك العارية في جميع ذلك».

(١) رواه أبو داود (٢٩٦/٣)، والترمذي (٥٦٦/٣)، والطبراني في الكبير (٢٠٨/٧)، والقضاعي في الشهاب (١٨٩/١)، وانظر: نصب الراية (٤/١١٩، ١٦٧).

وقال القاضي الإمام رحمه الله وهذا يدل على أنه ليس للمستعير أن يودع. وله أن يعبر.

والفرق أنه إما جعل له الإمساك على وجه ينتفع به من غير أن يحسمه عنه، والإعارة نوع انتفاع، لأنه يحصل له الحمد والشكر وانتفاعه وانتفاع غيره سواء لا يختلف وصار مأذونًا فلا يغرر.

وليس كذلك إذا أودعه غيره، لأنه لم يمسكه على تلك الجهة (التي أذن له فيه، وهو أن ينتفع به، لأنه لا يحصل له الحمد والشكر بالإيداع فإذا لم يمسكه على تلك الجهة) لم يجر، كما لو أجره من غيره، ولأننا لو جوزنا له أن يودع لجعلناه كأنه أودع بإذن المعير، فيؤدي إلى إلزام رب المال مؤونة الرد، وتسقط مؤونة المودع عن المستعير. وهذا لا يجوز.

وليس كذلك إذا أعار، لأن مؤونة الرد على المستعير الثاني، وتسقط مؤونة المودع إذا جعلنا إعارته بإذن المولى المالي، فكأنه أعاره بنفسه، فلا يؤدي إلى إغرام رب المال مؤونة الرد، فجاز ذلك، والله أعلم.

كتاب الشركة

٤٤٩- إذا اشتركا بعين مال على أن ما اشتريا من شيء، فهو بينهما نصفان ولأحدهما بعينه ثلثا الربح وللآخر ثلثه كانت الشركة جائزة والشرط باطل. ولو دفع ألف درهم إلى رجل مضاربة وشرط أن يكون لأحدهما ثلث الربح وللآخر ثلثاه فالمضاربة جائزة والشرط جائز.

والفرق أن في المسألة الأولى كل واحد منهما سلط صاحبه على أن يشتري له ولنفسه فصار وكيلًا له، والوكالة لا يطلها الشرط الفاسد، فوقع الشراء بينهما نصفين، وإذا شرط ثلثا الربح لأحدهما فقد شرط أحدهما للآخر بعض بدل ملكه، وهو عوض فلم يجر، كما لو قال: بع هذا العبد على أن نصف ثمنه لك فإنه لا يجوز الشرط، وله أن يبيعه، كذلك ههنا.

وليس كذلك المضاربة، لأن من جهة رب المال الدراهم، فإذا شرط للمضاربة ثلثا الربح فقد شرط بعض بدل دراهم له، ولو شرط جميع بدل دراهمه له بأن يقرضه إياه جاز، كذلك ههنا. فإن قيل إذا كان له عمل في مال صاحبه يجوز أن يستحق زيادة ربح كشركة العنان إذا شرط أحدهما لصاحبه زيادة ربح. قلنا: إن شرط العمل في مال معين يجوز أن يستحق به ربحًا كالمضاربة والشركة،

فأما إذا كان المال غير معين فلا يجوز أن يشترط بإزاء العمل ربحاً كما لو قال: أنا أدفع إليك ألف درهم مضاربة بشرط أن يكون الربح بيننا ولم يدفع المال ولم يعين لم تجز المضاربة.

٤٥٠ - إذا أبضع أحد المتفاوضين بضاعة عند رجل، وأمره أن يشتري له بها شيئاً، ثم تفرق المتفاوضان، ثم اشترى بالبضاعة شيئاً وهو لا يعلم بفرقتهما فشراؤه جائز على الأمر وعلى شريكه^(١). ولو أمره بالشراء ولم يدفع إليه مالا وتفرقا ولم يعلم حتى اشترى كان ما اشترى للأمر خاصة.

والفرق أن في المسألة الأولى اقترن بالعقد ما يدل على أن شراؤه وقع لهما جميعاً، لأنه لو سلم ذلك المال في عقد عقده لا يغرم لشريكه الأمر شيئاً، وتسليم مال الغير في العقد إذا لم يوجب ضمناً لا يكون إلا بعد وقوع العقد له، فصار كما لو أفردته بالعقد، ثم افترقا فاشترى، ولو كان كذلك وقع الشراء لهما، كذلك هذا.

وليس كذلك إذا سلم المال إليه، لأنه لم يقترن بعقده ما يدل على أن شراؤه وقع لهم جميعاً وهو امتناع وجوب الضمان بتسليم مال الغير فلم يقع لهما بالأمر، فصار وقوعه لهما بالمفاوضة، وقد ارتفعت المفاوضة، فوقع للأمر خاصة، كما لو وكله الآن بأن يشتري.

٤٥١ - وإذا مات أحد المتفاوضين والمال في يد الباقي فادعى ورثة الميت المفاوضة وجحد ذلك الحي، فأقاموا البينة على المفاوضة، ولم يقيموا على أن الذي في يديه من شركتهما، أو أن الذي في يديه كان في يده يوم مات، فلا يكون هذا الشيء مشتركاً^(٢). ولو كانا حين وأقام أحدهما البينة على المفاوضة ولم تقم بينة على أن ما في يديه من شركتهما كان مشتركاً بينهما.

والفرق أنه بالبينة لم تثبت المفاوضة في الحال، لأن الموت يوجب بطلان المفاوضة، وإنما تثبت المفاوضة حال الحياة، وثبوت المفاوضة يقتضي استواءها في مال الشركة وقت بقاء الشركة، ولم يعلم أن هذا الشيء كان في يده وقت بقاء الشركة، ويجوز أنه ورثه أو وهب له من بعد فلم يثبت له الشركة بينهما.

وليس كذلك إذا كانا حين، لأنه بالبينة تثبت المفاوضة بينهما في الحال، والمفاوضة عبارة عن المساواة، ولا يكونان متساويين إلا أن يكون ما في يديه مشتركاً بينهما،

(١) انظر البحر الرائق (١٩٩/٥)، والمبسوط (١٨٢/١١).

(٢) انظر البحر (١٩٩/٥)، والمبسوط (١٨٧/١١)، والبدائع (٧٥/٦)، وشرح فتح القدير (١٨٥/٦)، وحاشية ابن عابدين (٢٤٩/٨).

فوجب أن يكون بينهما.

٤٥٢- وإذا استعار أحد شريكي العنان دابة ليحمل عليها عشرة محاميم من شركتهما لم يضمن، وإن استعارها الأول ليحمل عليها حنطة لنفسه. فحمل عليها لشريكه خاصة كان ضامناً. ولو أن أحد المتفاوضين استعار دابة ليحمل عليها حنطة لنفسه أو من الشركة فحمل عليها شريكه من الشركة أو لنفسه خاصة لم يضمن. والفرق أن المفاوضة تقتضي استواءهما في أحكام عقود التجارات، والاستعارة من عمل التجارة، ألا ترى أن لأحدهما أن يعير استحساناً، ويجوز عليهما، فكذلك تقع استعارته له، فكأنهما جميعاً استعارا، ثم وضع أحدهما حنطة لنفسه أو من شركتهما فجاز كذلك ههنا.

وليس كذلك شركة العنان، لأنها لا تقتضي المساواة في أحكام عقود التجارات فلم نجز استعارته عليهما، فجاز على المستعير خاصة، إلا أنه في الحكم كالمأذون والمسلط من جهة صاحبة فيما عمل في مال الشركة، فكأنه أذن له فيه صريحاً فجاز للمستعير أن يعير. وإن تصرف بنفسه وبأجيريه في الشيء المستعار، فلا يضمن، وليس بمأذون ومسلط من جهة صاحبة فيما كان من عمل لنفسه خاصة، لأنه لا يحتاج إلى إذنه، فصار بمنزلة أجنبي، ومن استعار دابة من إنسان فجاء أجنبي وحمل عليها لنفسه شيئاً بغير إذن المستعير ضمن كذلك ههنا.

٤٥٣- ولأحد المتفاوضين أن يكاتب.

وليس له أن يعتق على مال.

والفرق أنه بعقد المفاوضة ثبت له ولاية عن صاحبه في التصرف في ماله فصار كالأب، وللاب أن يكاتب، وليس له أن يعتق على مال، كذا هذا، ولأن في الكتابة تنمية المال على وجه أمن الضرر فيه، لأنه لا يخرج رقبة العبد من ملكه إلا بعد دخول بدله في ملكه، فصار كالبيع، ولو باع جاز، كذلك ههنا.

وليس كذلك العتق على مال لأنه لا يؤمن من الضرر فيه لأنه يتعجل خروج الرقبة عن ملكه، ويجوز أن يحصل له البذل، ويجوز أن لا يحصل بأن يموت قبل الأداء، أو يعيش فلم يجز عتقه عليه، كما لو أعتقه بغير بدل.

ولهذا المعنى قلنا: إنه لا يجوز لأحدهما أن يزوج عبداً من تجارتهما، لأنه لم يؤمن الضرر، لأنه لزم رقبته المهر والنفقة، وله أن يزوج الأمة لأنه أمن الضرر، لأنه يسقط النفقة وإمسакها عن نفسه ويستفيد المهر فجاز عليه.

٤٥٤ - وإذا أجر أحد المتفاوضين نفسه في خياطة ونقل شيء فالأجرة بينهما

نصفان^(١). ومن أصحابنا من حكى أنه لو أجر نفسه ليعمل إنساناً شهراً لا تكون الأجرة

بينهما.

ووجه الفرق أن كل واحد منهما ضامن على صاحبه ما يلزمه بحكم العقد مما يصح الضمان فيه، وضمان الخياطة عن شريكه، وضمان النقل جائز، فصار مضموناً على كل

واحد منهما، وإذا كان مضموناً على شريكه جاز أن يستحق بدله.

وليس كذلك الخدمة، لأن العقد وقع على المدة، والخدمة لا يكون مضموناً عليه، فلا يكون مضموناً على شريكه، فجاز ألا يستحق الأجرة مع عدم الضمان، فإن قيل ذكر في الأصل أنه لو أجر نفسه لحفظ شيء أو نقله أو عمل عملاً بأجر أو كسب كسباً فهو بينهما، وحفظ شيء لا يكون مضموناً عليه، لأن العقد يقع على المدة فيجب ألا يكون

بينهما كما قلنا.

٤٥٥ - إذا أقر أحد المتفاوضين لامرأته بعد ما طلقها وهي في العدة بدين لم يلزم

شريكه من ذلك شيء. ولو أعتق أم ولده ثم أقر لها بدين وهي في العدة لزمهما جميعاً.

والفرق أن حكم الفراش باق ما دامت في العدة، بدليل أنه يلزمه نفقتها وسكنائها،

ويبقى له حق التصرف والتسليط في مالها، فصار كما لو لم يطلقها، فصار بإقراره موجباً

لنفسه حق التسليط والتصرف، فلحقته التهمة فلم يجز.

وليس كذلك أم الولد لأن تلك العدة ليست من أحكام الفراش، لأنها تجب بغير

الفراش، وهو الوطء بالشبهة، ولهذا المعنى قلنا ليس لها أن تغسل مولاها إذا مات عنها

بخلاف المنكوحة وإذا لم يبق بينهما حكم الفراش صارت أجنبية منه فجاز إقراره لها.

٤٥٦ - إذا باع أحد المتفاوضين شيئاً ثم تفرقا ثم رد عليه بعيب بعد الفرقة لم يكن

له أن يأخذ بالثمن إلا البائع^(٢). ولو استحق العبد بعد الفرقة وقد كان نقد الثمن قبلها

كان له أن يأخذ بالثمن أيهما شاء.

والفرق أن في باب الرد بالعيب إنما يجب الثمن على البائع بالرد والرد وقع بعد الفرقة،

فصار هذا ديناً لزمه بعد الفرقة، فلا يجب على شريكه، كما لو اشترى شيئاً بعد الفرقة.

(١) انظر البسوط (٢٠٢/١١).

(٢) انظر البحر الرائق (١٩٤/٥)، (٢٠٠)، والبسوط (٢١٣/١١).

وليس كذلك الاستحقاق، لأنه بالاستحقاق نقض قبضه فيه من حين القبض، فصار
التمن مضموناً على البائع من حين القبض، والقبض كان قبل العرفة، فصار هذا دية زمة
قبل التفرقة، فكان له أن يطالب الآخر به كما لو اشترى قبل التفرقة.

٤٥٧- إذا جنى المدبر جنائتين فقتل قتيلين وقد أخذ أحد الوليين نصف القيمة
فلصاحبه أن يشاركه فيه. ولو قتل العبد قتيلين فسواء قضى بالقيمة مجتمعاً أو متفرقاً فإنه
لا يشارك أحدهما صاحبه.

والفرق أن جناية المدبر لا توجب الحق في رقبته، بدليل أنه لا يتأني الدفع فيه، فلا
يحتاج إلى النقل من الرقبة إلى القيمة، فلم يراع المنقول، وهو حق وليي القتيلين، إذ
راعينا المنقول لراعيناه لاحتياجه إلى النقل، وهذا لا يجوز، فبقي الوجوب بسبب واحد.
وهو حق الولي في ذمة واحدة عن أصل مشترك، فكان مشتركاً كما لو كان المقتول
واحدًا، وله وليان.

وأما العبد أو المكاتب فجنايته توجب الحق في رقبته، بدليل أنه لو عجز قبل أن
يقضي خوطب بالدفع أو الفداء، وبالقضاء ينقل الحق من الرقبة إلى القيمة، وإذا احتجج إلى
النقل روعي المنقول، والمنقول مختلف فيه، لأنه لا حق لهذا في دم ذاك ولا لذاك في دم
هذا، وإذا اختلف المنقول لم يشارك أحدهما صاحبه، كما نقول في عبيدين بين رجلين باع
كل واحد عبده في صفقة أخرى أو في صفقة ثم قبض أحدهما شيئاً لم يشارك أحدهما
صاحبه في ثمن عبده، كذلك هذا.

٤٥٨- رجل أمر رجلين أن يقضيا عنه غرامة كذا درهماً فأدياه من مال مشترك
بينهما، ثم قبض أحدهما شيئاً منه فلآخر أن يشاركه في المقبوض. ولو أمر رجلين أن
يشتريا له جارية بألف فاشترياها، ونقد الثمن من مال فيه شريكان أو غير شريكين، ثم إن
أحدهما قبض من الآخر حصته التي أداها وهي خمسمائة درهم فليس لشريكه أن يشاركه
في شيء.

والفرق أن في المسألة الأولى وجوب الرجوع بالأداء لا بالملك، بدليل أنهما لو
أرادا أن يرجعا قبل الأداء لم يكن لهما ذلك وبدليل أنهما لو ملكا ذلك المال باهية فإيهما
لا يرجعان على الأمر وإذا كان المؤدي مشتركاً كان المقبوض مشتركاً، كما لو غصب
من رجلين ألف درهم مشتركاً بينهما فأخذ أحدهما في الغاصب شيئاً فلشريكه أن يشاركه
في المقبوض.

وليس كذلك الأمر بالشراء، لأن وجوب الرجوع لكل واحد منهما بما وقع له من

العقد لا بالأداء، بدليل أن له أن يرجع عليه قبل الأداء، وما وقع لكل واحد من العقد غير ما وقع للآخر، بدليل أن حقوق عقد كل واحد منهما متعلقة به دون صاحبه، ولا يطالب كل واحد منهما بأكثر من نصف الثمن، ولا يسلم إليه بأكثر من نصف المبيع، فلم يشتركا في المعنى الموجب للرجوع، فلا يشتركان في المال الذي رجعا، كما لو باع كل واحد منهما عينا من رجل، ثم قبض أحدهما شيئا من الثمن لا يشركه صاحبه فيه كذا هذا.

٤٥٩ - رجلان غصبا عبداً من رجل وباعاه، فمات في يد المشتري، ثم إن المولى ضمن أحد الغاصبين نصف القيمة، فأخذ هو من المشتري نصف الثمن. ثم إن المولى ضمن الغاصب الثاني نصف القيمة الباقية، فإن الغاصب الثاني لا يشارك الأول فيما قبض. وإن لم يقبض الغاصب الذي ضمن أولاً نصف الثمن حتى ضمن المولى الغاصب الثاني نصف القيمة أيضاً ثم قبض الأول شيئاً من الثمن يشاركه صاحبه فيما قبض. ولو كان العبد بين رجلين فباع أحدهما جميعه، وأجاز البيع في نصفه وقبض نصف الثمن فأجاز صاحبه البيع بعد ذلك، فالذي أجاز أن يرجع على شريكه بنصف ما قبض، وقبضه قبل الإجازة أو بعده سواء بخلاف المسألة الأولى.

والفرق أن ههنا الإجازة تستند إلى ذي العقد، وذو العقد أوجب قبض جميع الثمن للبائع، بدليل أنه لو عقد برضا الشريك لكان حق قبض جميع الثمن له، وبدليل أنه هو العاقد وحقوق العقد متعلقة به، وإذا كان العقد أوجب قبض جميع الثمن له كان كل جزء من أجزاء المقبوض مشتركاً بينهما.

وليس كذلك المسألة الأولى، لأن العقد لم يوجب قبض جميع الثمن، بدليل أن المولى لو ضمن الغاصبين لم يكن لأحدهما أن يقبض جميع الثمن، لأن العاقد اثنان، فلم يكن قبضه مستنداً إلى العقد، فصار فيه مستنداً إلى وجوب الحق له، فإذا قبض أولاً نصفه قبل أن يضمن المولى الغاصب الثاني، فلم يجتمع حقهما في محل واحد، بدليل أن حق الثاني لم يثبت في ذمة المشتري إلا بعد وقوع فراغ ذمته عن حق الأول، وإذا لم يجتمعا في محل واحد فلا يشتركان في المقبوض. وإذا لم يأخذ حتى ضمن المولى الغاصب الثاني فقد اجتمع الحقان في محل واحد، لأنه بالتضمن انتقل الملك إليها بمعنى متقدم على البيع، فصار كما لو باعاً ملك أنفسهما، والملك يحصل للمشتري بذلك العقد، والعقد وقع مجتمعا صفقة واحدة فتأخرت الإجازة في الغصب، فلا توجب تفريق الصفقة، كرجلين باعاً عبداً صفقة واحدة على أنهما بالخيار فأسقط أحدهما الخيار في اليوم الأول، والثاني في اليوم الثاني فإنه لا يجعل العقد بتفريق الإجازة صفتين، كذلك هذا، فقد اجتمع الحقان في

محل واحد بسبب واحد فاشتركا في المقبوض، كما لو باعا ملك أنفسهما.

٤٦٠ - إذا قال لآخر: ما اشتريت من شيء اليوم أو غدا بكذا درهما أو من الثياب أو من الحنطة فيبني وبينك، فقال: نعم، فهذا جائز. ولو قال: ما اشتريت من شيء فهو ببني وبينك ولم يسم شيئا ولا ثمتا ولا وقتا لم يجز. ولو قال: ما اشترينا أو ما اشتراه أحدنا من تجارته فبيننا فهذا جائز.

والفرق أنه لما ذكر الشراء دون البيع ولم يذكر ما دل على قصد شركة العتود علم أنها وكالة، وفي التوكيل إذا لم يذكر أحدهما في الأشياء الثلاثة لا تصح لأجل الجهالة الكثيرة وعدم التخصيص، لأن الوكالة لا تقع عامة، ألا ترى أنه لو قال وكلتك لم يصح له البيع والشراء في ماله، فإذا لم يخص لم يجز، كما لو قال: اشتر شيئا. وليس كذلك إذا ذكر هذه الأشياء، لأن الجهالة تقل، وقليل الجهالة معفو عنه في الوكالة.

وأما إذا قال: ما اشترى بيننا أو ما اشتراه أحدنا فقد اقترن به ما دل على أنها قصدا عقد الشركة، إذ العادة لم تجز بأن الوكيل يوكل الموكل، فعلم أنها شركة والشركة تقع عامة فلا تحتاج إلى التخصيص، ألا ترى أنه لو قال شاركك مفاوضة أو عنانا صح، لعدم ذكر الجنس لا يبطلها.

٤٦١ - ولو كان كُرُ حنطة بين رجلين فسأل رجل أحدهما فقال أشركني فيه ففعل، فلم يجزه شريكه فلهذه المشترك نصف النصف. ولو قال: بعني نصفه، فباعه، فلم يجزه شريكه، فللمشتري النصف الذي كان للبائع.

والفرق أنه طلب منه الاشتراك فلو قلنا إنه يسلم جميع نصيبه إليه صار مفردا له بملكه، ولم يكن أشركه فيجب تنقيص شيء، ليكون مشتركا إياه.

وليس كذلك البيع، لأن طلب البيع لا يقتضي بقاء حقه فيه فلا ضرورة بنا إلى أن يبقى له حق فيه، فإذا لم يجز شريكه في حصته نفذ في نصيب البائع الذي يقدر على تسليمه.

كتاب الهبة

٤٦٢ - إذا وهب الأب لابنه الصغير شيئا وأعلمه جاز، وإن لم يقبضه غيره للصغير منه^(١). ولو وهب لابنه البالغ لم يجز، وإن كان في عياله ما لم يسلمه إليه. والفرق أن للأب ولاية على ابنه الصغير، فوقع قبضه له، ألا ترى أن أجنبيا لو

(١) انظر الهداية (٢٢٦/٣)، وحاشية ابن عابدين (٢٢٥/٦)، وتحفة الفقهاء (١٦٩/٣).

وهب للصغير شيئاً فالأب هو الذي يتولى القبض، فإذا جاز قبضها من أجنبي حاز قبضها من نفسه، وليس كذلك البالغ، فإنه لا يلي عليه، فلا ينفذ قبضه عليه، ألا ترى أن أجنبياً لو وهب له شيئاً لم يكن للأب قبضه، فصارت هذه هبة عريت عن القبض، فلم يجز أن نقول إذا لم يكن للأب ولاية عليه صار يجز نفعاً من غير يد ولا ولاية فلم يجز، كالأجنبي إذا قبض.

وليس كذلك الصغير لأن له الولاية عليه فصار يجز نفعاً إليه بمجرد اليد وحر النفع بمجرد اليد جائز.

٤٦٣- ولو وهب لإنسان هبة فقبضها الموهوب له في مجلس العقد بغير إذن الواهب صحت الهبة. ولو قبضها بعد المجلس بغير إذنه لم يجز.

والفرق أن الهبة عقد تمليك، والقبض شرط في تمامه، ومطلق العقد يقتضي تسليطه على تميمه ما دام في المجلس، ولا يقتضي تسلطه على تميمه بعد التفريق كالقبول في البيع لما كان شرطاً في تميم العقد، فإن قبل في المجلس بغير رضاه تم، وإلا بطل، كذلك ههنا، إن قبض في المجلس تم، وصار كأنه أذن له في القبض، وإلا بطل.

٤٦٤- رجل أعتق ما في بطن جاريته، ثم باعها لم يجز البيع في الأم. ولو وهبها تصح الهبة.

والفرق بينهما أن مطلق العقد على الأم يقتضي دخول الجنين فيه، لأنه جزء من أجزائها متصل بها، فصار كيدها ورحلها، فإذا أعتق الولد ثم وهب الأم صار جامعاً بينهما في عقد الهبة، ومن جمع بين حر وعبد ووهبهما تصح الهبة في العبد، وبطل في الحر. وفي البيع صار جامعاً بينهما في عقد البيع، ومن جمع بين حر وعبد وباعهما بطل البيع في الجميع.

والمعنى فيه أنه شرط في قبول العقد في العبد قبول العقد في الحر صار هذا شرطاً فاسداً ألحق بعقد الهبة، فلا يطلها ولا يمنع وقوع الملك كالعمري، والأصل فيه الخبر «لا تعمروا أموالكم ولا تتلفوها»^(١)، والشرط الفاسد إذا ألحق بعقد البيع أبطله.

٤٦٥- ولو دبر ما في بطن أمته، ثم وهب الأمة من رجل لم يجز. ولو أعتق ما في بطنها ثم وهب الأم جاز.

(١) رواه ابن حبان في صحيحه (٥٣٧/١١) (٥١٣٦) عن جابر بنحو هذا اللفظ. ورواه مسلم (١٢٤٦/٣)، (١٢٤٧)، (١٦٢٥) عن جابر.

والفرق أن التدبير لا يوجب زوال ملك المولى، بدليل أنه يحل للمولى وطؤها، وبقاء ملكه فيها يوجب بقاء يده وبقاء يد الواهب في الهبة تمنع جواز الهبة كما لو وهب نصف دار مشاعاً، ثم سلم جميع الدار إليه فإنه لا يجوز وليس كذلك العتق لأن اعتق يوجب زوال يد المولى عنه فلم يبق حكم يد الواهب في الهبة فلا يمنع جواز الهبة.

٤٦٦- إذا عوض أجنبي عن الهبة بأمر الموهوب له لم يكن للمعوض أن يرجع على الموهوب له. ولو قضى عنه ديناً بأمره يرجع به عليه.

والفرق أنه أمره بأن يتبرع عنه لأن العوض غير مستحق عليه، بدليل أنه لا يجبر عليه وهو تبرع، بدليل أنه لا يصح إلا مقسوماً مقبوضاً، ولأن الهبة تبرع فبدله أيضاً يكون تبرعاً، فإذا أمره بأن يتبرع عنه لم يرجع به عليه، كما لو قال تصدق عني. وليس كذلك الدين لأنه مضمون عليه، فقد قضى عنه مضموناً بإذنه فقام فيه مقامه، ومن له الضمان إذا أدى يرجع به عليه، كذلك من قام مقامه، وههنا قام مقامه من أخذ العوض، ولم يكن له الرجوع على الموهوب له، كذلك من قام مقامه.

٤٦٧- وإذا وهب لإنسان هبة فعوضه عنها فاستحق نصف العوض لم يكن للواهب أن يرجع في شيء من الهبة. ولو استحق نصف الهبة فللمعوض أن يرجع في نصف العوض.

والفرق أن المعوض إنما رضي بزوال ملكه عن العوض بشرط أن تسلم له الهبة، إذ لولا ذلك لما عوض، فإذا لم تسلم له رجع في العوض كما قلنا في البيع إذا استحق بعضه رجع فيما بإزائه من الثمن.

وليس كذلك إذا استحق نصف العوض، لأن الواهب رضي بزوال ملكه عنها من غير أن يسلم له العوض، لأنه حين وهب لم يملك العوض، وإنما ملك بعده، ولهذا لم يكن له الرجوع لاتصالها بعوض، وقد بقي ما يصلح أن يكون عوضاً إذ لو لم يعوضه في الابتداء إلا هذا القدر لم يكن له الرجوع، فصار كما لو بقي الجميع، فإنه لا يرجع فيها، كذلك هذا، إلا أنه لو رد النصف الباقي فحينئذ بقيت هبة بلا عوض فله الرجوع فيها.

٤٦٨- إذا وهب لإنسان جارية فأراد الرجوع فيها فقال: وهبتها لي وهي صغيرة فكبرت وازدادت خيراً، وكذبه الواهب، فالقول قول الواهب.

وإن كانت أرضاً فقال وهبتها لي وهي صحراء فأنا غرست فيها وبنيت وكذبه الواهب فالقول قول الموهوب له.

والفرق أن العين واحدة في الجارية، بدليل أن أفراد الثمن بالهبة لا يصح فهو لم بدع

هبة شيتين، وإنما ادعى هبة واحدة، وادعى حق الرجوع فيه، وظاهر العقد أوجب له حق الرجوع، فإذا أراد إبطاله لم يصدق.

وليس كذلك الأرض لأنهما عيان ويجوز لإفراد كل واحدة بالهبة فصار هو يدعي الهبة في الشيعين وهو يقر بأحدهما، ولا ظاهر يكذبه في إفراده لأنه يمكن إحداث البناء والشجر في تلك المدة، فكان القول قوله، كما لو قال وهبت مني هذين العبدین وهو يقول لا، بل وهبتك أحدهما فالقول قوله، كذلك هذا.

٤٦٩- إذا ولدت الموهوبة له لم يكن للواهب حق الرجوع في الولد والجارية المأسورة إذا اشتراها مسلم منهم فولدت فلصاحبه أن يرجع فيه.

والفرق بينهما أن الرجوع في الهبة فسخ للعقد، والولد لم يقع عليه العقد وفسخ العقد عما لم يقع عليه العقد لا يجوز.

وليس كذلك المأسورة لأنه لا يأخذ على وجه فسخ العقد، وإنما يأخذ على وجه البناء، بدليل ما بينا في السير، وحق صاحبه كان ثابتاً في الأم فسرى إلى الولد، كالمبيعة إذا ولدت قبل القبض.

وإن شئت قلت: لما انفصل الولد فقد اتصلت بزيادة، واتصال الموهوب بالزيادة يوجب انقطاع حق الرجوع، كما لو سمت، واتصال المأسورة بزيادة لا يمنع الرجوع، كما لو سمت.

أو نقول: حق الرجوع في الهبة ضعيف، بدليل أنه يقدر أن يبطله بأن يبيعها من غيره، وبدليل أنها لو اتصلت بزيادة يسقط حقه في الرجوع، وحق المولى في المأسورة قوي، بدليل أنه لو باع من غيره فله أن يأخذ من المشتري الثاني والثالث، ولا يبطل بإبطائها بزيادة والحق الضعيف جاز ألا يسري إلى الولد والحق القوي يسري.

كتاب البيوع

٤٧٠- وإذا شارك رب المسلم والمسلم إليه السلم بعد القبض رأس المال ثم اختلفا في رأس المال فالقول قول المطلوب له مع يمينه، ولا يتحالفان^(١). ولو تقايلا البع ثم اختلفا في الثمن فإيهما يتحالفان، وإذا تحالفا عاد البيع الأول.

والفرق بينهما لو أنا أو جبننا التحالف لفسخنا الإقالة، ولو فسخنا الإقالة لأعدنا السلم ابتداء بدين في ذمة المسلم إليه، وإعادة السلم بدين ابتداء في ذمة المسلم إليه لا يجوز، كما لو

(١) انظر المبسوط (٨١/١٤) والجامع الصغير (ص ٣٢٣).

قال أسلمت إليك العشرة التي لي عليك في كَرِّ حنطة فإنه لا يجوز، كذلك هذا.
وأما في البيع لو أوجبنا التحالف لأعدنا البيع بدين في الذمة، وهذا جائز، كما لو
قال اشترت هذا منك بالعشرة التي لي عليك فإن هذا العقد جائز، كذلك هذا.
ولأن المسلم فيه في الذمة، فإذا تاركا سقط (ذط)، وما في الذمة إذا سقط لا
يعود، كما لو قال وهبت منك الدين الذي لي عليك، ثم أراد أن يرجع فيه لم يكن له
ذلك، فلم يبق معقود عليه، فلا يتحالفان كالمبيع إذا هلك، ثم اختلفا.
وليس كذلك المبيع، لأن العقد وقع على العين فإذا تحالفا سقط حقه على العين،
والحق إذا سقط عن العين جاز أن يعود كما لو وهب لإنسان عينًا، ثم رجع في الهبة جاز،
كذلك هذا، فقد بقي المعقود عليه بحاله فجاز أن يجب التحالف، كما لو اختلفا في نفس
البيع.

٤٧١ - إذا قال رب السلم للمسلم إليه: كل ما لي عليك من الطعام في غرائري
هذه ففعل وليس رب السلم بحاضر لم يكن ذلك قبضًا. ولو اشترى طعامًا بعينه مكايلة،
ودفع إليه غرائر وقال كله في غرائر ففعل وهو غائب صار قابضًا.
والفرق أنه لم يملك عينًا بالعقد، لأن المسلم فيه في الذمة، وللمسلم إليه أن يعين
ملكه في أي حنطة شاء، وإنما يملك الحنطة بتعيين المسلم إليه، فإذا أمره أن يكيل في
غرائره فقد أمره بأن يتصرف في ملكه ويعزل بعض ملكه عن بعض، ويتفرد بتملكه،
وبعزل بعض ملكه عن بعض لا يصير قابضًا، ولا يجوز أن يتفرد بتملكه، دليله لو عزل
من غير أن يأمره رب السلم به.

وليس كذلك المبيع، لأنه ملك عين الطعام على المشتري بالعقد، بدليل أن البائع
لو أراد أن يسلم إليه حنطة من مكان آخر لم يجز، فلا يملك بنفسه، فإذا أمره بأن يكيله
في غرائره فقد أمره بأن يوصل ملكه بملكه فجاز أن يصير قابضًا، دليله لو اشترى منه
فصًا وقال ركه في خاتمي ففعل صار قابضًا، كذلك هذا.

ولهذا المعنى قلنا: إنه لو اشترى حنطة فطحنها البائع بأمر المشتري صار قابضًا،
ولو أسلم في حنطة فطحنها المسلم إليه بإذن رب السلم لم يصير قابضًا.

فإن قيل لو دفع دراهم نفرة إلى صائغ وقال: زد من عندك درهمًا آخر، واصنع لي
خاتمًا ففعل صار قابضًا، ومع ذلك الصائغ قد تصرف في ملك نفسه وانفرد بتملكه إياه.
قلنا إنه إذا قال: «زد من عندك درهمًا فقد أمره أن يتفرد بتملكه، وأمره أن يتفرد
بتملك فلا يصح، كما لو قال بع عبدك مني فباعه منه وجارية لم يجز، كذلك هذا، فإذا

بطل مرة صار كأن لم يأمره، واختلط ملكه بملكه، ولو كان كذلك لزمه ضمانه وصار الدراهم ملكاً له كذلك هذا، وفي مسألتنا بطل أمره بالكيل وعزله وكلامه، فصار كأن غيره كالحنطه في غرائره فلا يصير قابضاً» كذلك هذا.

٤٧٢ - إذا وكل رجل رجلاً أن يأخذ له درهماً في كُرِّ طعام سلماً لم يجز. ولو أنه وكله ليأخذ له دراهم ويبيع كُرِّ طعام للموكل في بيته جاز.

والفرق بينهما أن الوكيل هو العاقد، وحقوق العقد متعلقة به، وعقده على حنطة في ذمة غيره لا يجوز، فقد أمره بأن يبيع كُر حنطة من ذمة نفسه ويجعل بدله له، فصار كما لو أمره أن يبيع عيناً من أعيان مال الوكيل، ويجعل بدله له، ولو كان كذلك لم يجز كذا هذا.

وليس كذلك البيع لأنه لم يأمره أن يبيع كُرّاً من ذمته، وإنما أمره بأن يبيع عيناً من أعيان ماله فلم يشترط بدل ملكه له فجاز، وصار كما لو باعه الموكل ولو باع بنفسه، صح كذا هذا.

٤٧٣ - إذا اشترى مسلوختين فإذا إحداهما ذبيحة محوسي أو متروك التسمية عمداً فالبيع فاسد فيهما جميعاً. ولو اشترى عبيدين فإذا أحدهما مدير فالبيع جائز في العبد.

والفرق أن ما ترك عليه التسمية عامداً غير داخل تحت العقد، لأنه ورد النص بتحريمه، وهو قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ﴾ [الأنعام: ١٢١] ولهذا قلنا أنه لو قضى قاض بجوازه لا يجوز ولا يفيد بخلاف الشافعي، لأنه خالف النص، فقد جمع في العقد بين ما يدخل تحت العقد، وبين ما لا يدخل تحت العقد، فصار كما لو جمع بين حر وعبد، ولو كان كذلك يطل البيع، كذلك هذا.

وليس كذلك المدير لأنه مما يدخل تحت العقد، بدليل أن حاكماً لو حكم بجوازه جاز، لأنه لم يرد نص بفساده، وما روي عن رسول الله ﷺ أنه باع مديراً^(١) معارض بنهيه عن بيع المدير، فدل أنه يدخل تحت العقد فدخل جميعاً في العقد، وإنما يخرج المدير بعد ذلك عن العقد بالفسخ، وفسخ العقد في أحدهما لا يوجب فسخه في الآخر، فجاز في العبد، وبطل في المدير.

٤٧٤ - إذا قال بعث منك هذه الصبرة كل قفيز بكذا درهماً، ولم يسم كيل الجميع جاز البيع في قفيز واحد في قول أبي حنيفة. ولو قال بعث منك هذا القطيع من الغنم كل

(١) رواه البخاري (٧٩/١٠) وعبد الرزاق في المصنف (١٤٨/٩).

شاة بكذا درهمًا ولم يسم عدد الجميع، ولم يعلم فالبيع فاسد في الجميع.
والفرق بينهما أن كل واحد منهما اسم يتناول الواحد، وما زاد عليه ولا يختص
بقدر والواحد في نفسه مجهول لأن الشاة مع الشاة تختلف، فصار كما لو قال بعثك شاة
من هذه الأغنام، ولو قال هكذا لم يجز للجهاالة، كذلك ههنا.
وليس كذلك الحنطة، لأن كل قفيز اسم يتناول الواحد، وما زاد عليه. والواحد
معلوم لأن القفيز مع القفيز من صبرة واحدة لا يختلف، وما زاد على الواحد مجهول، فلا
يصح العقد فيه وجاز في الواحد، وصار كأنه قال بعث منك قفيزًا من هذه الصبرة بكذا،
لو قال هكذا جاز، كذلك هذا.

٤٧٥- ذكر في الأصل أنه لو باع عبدًا بشرط أن يعتقه فالبيع فاسد^(١). ولو أوصى
بأن يباع عبد نسمة فالبيع جائز.
قلت للقاضي الإمام رحمته الله: «أليس البيع نسمة بيع بشرط العتق، ومع ذلك يجوز،
فما الفرق بينهما؟».

فقال: إذا أوصى بأن يباع نسمة فإنه يباع ممن يعتق، ولم يشترط في عقد البيع أن
يعتقه، ولكنه يجبر على أن يعتقه بعد ذلك لثبوت حق الاعتاق للعبد بالوصية.
قال ولو قلنا أنه لو شرط العتق جاز في التسمية، فالفرق بينهما ظاهر، لأن الوصية
بيع العبد نسمة جائزة، وفيها منفعة العبد، فيكون للمشتري ألا يعتقه فيؤدي إلى إبطال
الوصية، وسقوط حق العبد وهذا لا يجوز، ولهذا قلنا، إنه لو أوصى بأن يشتري نسمة
ويعتق عنه فللوصي أن يشتري مطلقًا، ولا يشترط العتق في البيع، ولو اشترط بطل، لأنه
ليس للوصي ألا يعتقه ولأنه يؤدي إلى إبطال نوع وصية وقربة، وإسقاط حق العبد إذ لم
يثبت للعبد حق العتق، وأما في مسألتنا إذا لم تكن وصية وقربة، فلا يشترط العتق إبطال
نوع قربة وغرض أحد، فلو قلنا إنه لا يجوز، لم يؤدي إلى إبطال حق أحد فجاز أن يبطل.

٤٧٦- إذا باع جارية حاملًا واستثنى ما في بطنها فالبيع فاسد والشرط فاسد،
وكذلك لو كاتب جارية واستثنى ما في بطنها. ولو وهب جارية واستثنى ما في بطنها
فالهبة جائزة، والاستثناء باطل، وكذلك الرهن والنكاح والخلع والصلح من دم العمد
والعتق على مال فالعقد جائز، والاستثناء باطل فيدخل الولد في العقد، ويكون لمن له
الأم. ولو أوصى بجارية لإنسان واستثنى ما في بطنها فالوصية جائزة، والاستثناء جائز،

(١) انظر المبسوط (١٥/١٣).

والولد لا يدخل في الوصية. ولو أعتق جارية واستثنى ما في بطنها عتقت الجارية ويكون الولد حرًا.

والفرق بينهما وبين هذه المسائل أن مطلق العقد على الأم يقتضي دخول الجنين فيه في حكم عقد الأم، وإفراد الجنين بعقد البيع لا يجوز، فاستثاؤه منه لا يجوز، فصار شرطًا فاسدًا ألحق بعقد البيع والكتابة فأبطلهما، والأصل فيه ما روي أن رسول الله ﷺ نهي عن بيع وشرط.

وأما في الهبة فمطلق العقد يقتضي دخول الجنين فيه لما بينا، فإذا استثنى صار شرطًا فاسدًا ألحق بعقد الهبة فلا يبطلها، والأصل فيه ما روي عن رسول الله ﷺ «لا تعمروا أموالكم فتنلفوها فمن أعمر له شيء فهو له ولعقبه من بعده»^(١) فنهي عن العمرى ثم حكم بوقوع الملك به، وكذلك النكاح والخلع والصلح عن دم العمد والعتق على مال لا يبطلها الشروط الفاسدة فصحت هذه العقود، وكذلك العتق والوصية لا يبطلها الفاسدة، فثبت الفرق بين صحة هذه العقود وفسادها، وإنما قلنا إن في الهبة لا يصح الاستثناء، والولد للموهوب له لما بينا أن العقد على الأم جائز ويستحيل أن تلد جارية لإنسان ولدًا مملوكًا لآخر، كما يستحيل أن تكون الجارية مملوكة لواحد ويدها ورجلها لآخر، إذ الجنين جزء منها كيدها ورجلها.

فإن قيل: أليس إذا أوصى بجارية واستثنى ما في بطنها، أو أوصى بما في بطن جاريته لإنسان فإن الجارية تلد ولدًا مملوكًا للغير، ومع ذلك يجوز، فلم لا يجوز ههنا؟ قلنا التركة باقية على حكم ملك الميت، وإن كانت فيها وصية، بدليل أنه لو ظهر دين مستغرق يقضي منها ديونه وتبطل الوصية، وبدليل أنه لو ظهرت وصية أخرى شارك الثاني الأول، فصارت الجارية باقية على حكم ملكه، تلد ولدًا على حكم ملكه، ويجوز أن يملك ولدًا يولد على حكم ملكه، فيبيع الأم كما يولد على حقيقة ملكه، الدليل عليه المكاتبه إذا ولدت دخل الولد في حكم ملك المولى، كما كانت الأم على حكم ملكه.

فإن قيل: لو خالع امرأته على ما في بطن جارية فإنه يجوز، والأم للمرأة وتلد ولدًا مملوكًا للزوج فهلا كان في مسألتنا كذلك.

قلنا لأنها لا تلد ولدًا مملوكًا للزوج، وإنما تلد ولدًا مملوكًا للمرأة، ثم استحقه الزوج بعد الولادة بالانفصال، الدليل عليه أنها لو ولدته فإنه يرجع عليها بالمهر المسمى،

(١) تقدم تخريجه في الهبة.

ولو كان الولد في البطن للزوج ثم مات بعد صحة التسمية لوجب أن يرجع بالقيمة على المرأة، كما لو ولدت ثم استحق الولد يرجع عليها بقيمة الولد لما استحقه بعد الانفصال ثم استحق عليه، فلما وجب المهر المسمى دل على أنه لم يملك الولد حال الاتصال. وإنما يملكه بعد الانفصال.

فإن قيل: لو أعتق الزوج الجنين نفذ عتقه فيه ولو لم يملكه لما نفذ.

قلنا: إنا لا نحكم بوقوع العتق حالة الاتصال، ولكننا نقول يكون موقوفًا، فإذا ولدت وتحقق ملكه فيه نفذنا عتقه، وإن لم يكن الملك حاصلًا من قبل، كالوارث إذا أعتق عبدًا من التركة وفي التركة دين ثم أدى الدين أو أبرأ الميت منه نفذ عتقه، كذلك هذا.

وإما إذا أعتق جارية واستثنى ما في بطنها فالاستثناء جائز، لأنه يجوز لإفراد الولد بالعتق فجاز استبقاؤه، إلا أنه يستحيل أن تلد الحرة رقيقًا فعتق الولد بعتق الأم لا يبطلان الاستثناء.

٤٧٧- إذا اشترى شاة على أنها حامل فالباع فاسد^(١). ولو اشترى جارية على أنها حامل فالباع جائز.

والفرق أن الحمل زيادة في الشاة، بدليل أنها تشتري إذا كانت حاملًا بأكثر مما تشتري إذا كانت حائلا، وتشتري الشاة، لكي تحبل ويستفاد منها الولد والغالب من الولادة السلامة، فإذا اشترط في العقد صار مقصودًا بالعقد عليه فصار بائعًا الولد، في البطن، ويبيع الولد في البطن لا يجوز، فصار شرطًا فاسدًا ألحق بالعقد فبطل العقد.

وليس كذلك الجارية لأن الحمل نقصان فيها بدليل أنها تشتري حاملًا بأقل مما تشتري حائلا، ولأن التلف من ولادتها يكثر، ولا تشتري أيضًا الجارية ليملك نسلها ولدها غالبًا، فلم يكن ولدها مقصودًا بالعقد لارتباطه، لأنه زيادة وإنما يكون الحمل عيبًا، فإذا اشترط الحمل صار شرط للتبري من العيب، والبيع ولشراء بشرط براءته من العيب جائز، كما لو باعها على أنها عمياء أو عرجاء أو عوراء جاز العقد كذلك هذا.

٤٧٨- إذا اشترى شيئًا لم يره، وقال أجزت البيع لم تصح لإجازته، وله أن يرده إذا رآه. ولو أنه قال رددت البيع، قبل أن يراه رده، ولو رآه بعد ذلك لم يكن له أن يجيزه.

(١) انظر المسبوط (١٣/١٩)، والدر المختار (٤/٥٨٨). وحاشية ابن عابدين (٤/٥٨٨)، وشرح فتح القدير (٦/٣٣٣، ٤٥٢).

والفرق أن الإجازة تدل على الرضا بالمعقود عليه، والرضا بالمعقود لا يمنع بدون رؤية فلا يمنع ثبوت الخيار مع عدم الرؤية، ألا ترى أن نفس العقد يدل على الرضا به، لأن الإنسان لا يعقد ليفسخ، ثم نفس البيع لا يمنع ثبوت الخيار عند الرؤية، فكذا الإجازة.

وليس كذلك الفسخ، لأن فسخ العقد يدل على عدم الرضا، وعدم الرضا عند العقد يمنع لزوم حكمه، كما لو أكره على البيع فوجده بعده عند ثبوت الخيار جاز أن يمنع لزومه، كفوت المبيع قبل التسليم.

فصل

٤٧٩- وإذا اشترى دابة أو قميصاً على أنه بالخيار فركبها في حاجته لينظر إليها وإلى سيرها، أو لبس القميص لينظر إلى قدره عليه فهو على خياره. ولو اشتراها فوجد بها عيباً فركبها أو لبس القميص كان هذا رضا بالعيب.

والفرق أن شرط الخيار للاختبار، وهذه الأشياء مما يقع بها الاختبار فلم يكن مختاراً، وأما في العيب فليس له أن يختبر.

وجه آخر أنه خير ليختبر فلم يكن ركوبه ولبسه للاختبار اختياراً.

وأما في العيب فلم يجعل له أن يختبر فصار باختباره مختاراً.

٤٨٠- وإذا وجد بالجارية المشتراة عيباً فاستخدمها لم يكن رضا بالعيب. ولو وجد بالدابة المشتراة عيباً فركبها في حاجته كان ذلك رضا منه.

والفرق أن الركوب جناية، فقد حلها فعله وتصرف فيها بمعنى هو جناية، فصار كما لو كانت جارية فوطئها أو جنى عليها.

وليس كذلك الاستخدام، لأن نفس الاستخدام ليس بجناية لأنه قول، وهو لم يتصرف في العبد بما هو جناية، وإنما فعل العبد فعلاً في غيره فلم يصير مختاراً أو راضياً بالعيب، كما لو وجد منه من غير استخدامه.

٤٨١- وإذا اشترى عبداً فبلغ في يد المشتري وأبق عنده، أو بال في فراش ثم علم أنه كان أبقاً في حال الصغر أو بال في الفراش لم يكن له أن يرده على بائعه بذلك العيب ولو بال أو أبق في يد المشتري لم يكن له أن يرده بذلك العيب، ولو بال أو أبق في يد المشتري في حال الصغر ثم علم أنه قد كان أبق أو بال في الفراش قبله في حال الصغر أيضاً كان له أن يرده به. ولو جُنَّ في يد المشتري بعد البلوغ أو قبله ثم علم أنه قد كان جُنَّ عند البائع قبل ذلك كان له أن يرده.

والفرق بينهما وبين هذه المسائل أن الإباق والبول من فعل الصبي وفعله يختلف بالصغر والكبر، لأن فعل الكبير يصدر عن قصد صحيح، وفعل الصغير يصدر عن غير قصد، لأنه ليس للصغير قصد صحيح في فعله، بدليل أنه لو قتل عمداً لا يجب به القصاص، ولو قتل الكبير عمداً يجب، فدل على أن حكم فعله يختلف بالصغر والكبر، فصار الموجود بعد الكبر غير الموجود قبله، فلو جوزنا له أن يرده لرده بعيب أكبر مما استوجبه بالعقد، وهذا لا يجوز، وأما إذا بال عنده في حال الصغر فالموجود عنده من الجنس الذي وجد عند البائع، لأن كل واحد منهما صدر عن غير قصد صحيح، فلا يرده بعيب زائد أكثر مما استوجبه بالعقد، فكان له أن يرده.

وأما الجنون فليس من فعله، وإنما هو من فعل الله تعالى، وفعله لا يختلف بالصغر والكبر، فصار الثاني من جنس الأول فكان هذا بعينه كما كان عند البائع، ولا يرده بعيب زائد أكثر مما استوجبه بالعقد، فله أن يرده به متى حدث عنده كسائر العيوب، ولهذا قلنا إن المشتري لو ادعى عيب الجنون استحلّقه بالله تعالى لقد باعه وقبضه المشتري وما جن قط قبل ذلك، ولو ادعى عنده الإباق والبول استحلّقه بالله لقد باعه وقبضه المشتري وما أبق ولا بال في الفرائض منذ بلغ مبلغ الرجال.

٤٨٢ - إذا اشترى أخوين صغيرين فوجد بأحدهما عيباً بعد القبض فله أن يرده وحده^(١). ولو أراد أن يبيع أحدهما ويمسك الآخر لم يكن له ذلك.

والفرق أن التفريق وقع بحق، لأننا لو قلنا أنه لا يرده لفوتنا عليه حقه ويبقى العيب في ملكه من غير أن يسلم له بدله، ولا يجوز الإضرار بالمشتري لنفي الإضرار عن البيع، فصار التفريق بحق، فكان له أن يفعله كما لو جنى أحدهما جناية فله أن يدفعه.

وليس كذلك البيع لأننا لو منعناه من بيعه وحده لم يؤد إلى الإضرار به، إذ يقدر على جمعهما في البيع، فإذا أمكن صونهما عن ضرر من غير إضرار به وجب أن يفعل.

٤٨٣ - إذا اشترى جارية ثم وطئها قبل أن يستبرئها لم يجز. ولو زوجها فوطئها الزوج قبل أن يستبرئها جاز.

والفرق أننا حكمنا بصحة النكاح، والحكم بصحة النكاح حكم بفراغ الرحم لأن كون رحمها مشغولاً بماء الغير منع صحة العقد، وإذا حكم بفراغ رحمها حل له وطؤها. وليس كذلك المشتري لأننا حكمنا بصحة الشراء، والحكم بصحة الشراء لا يكون

(١) انظر لسان الحكام لابن أبي اليمن (ص ٣٥٨).

حكمًا بفراغ رحمها، لأن الحبل لا ينافي الشراء، فما لم يعلم فراغ رحمها لا يحل له وطؤها.
٤٨٤- وإذا اشترى عبدًا على أنه بالخيار ثلاثة أيام فحُمَّ العبد عند المشتري فرده بمحضر من البائع ثم زالت الحمى في الثلاث ولم يحدث ردًا حتى مضت الثلاثة فله أن يرده، ولو لم تنزل عنه الحمى حتى مضت الثلاثة، ثم زالت الحمى لم يكن له رده أبدًا. ولو أشهد على الرد وهو صحيح ثم حم فلم يرد حتى مضت الثلاث فله أن يرده.

والفرق أنه إذا رده وهو محموم وقع الرد موقوفًا، لأن كل حق يجب لأحد المتعاقدين عند العقد يجب للآخر مثله عند الفسخ، ولو حدثت الحمى عند البائع في ابتداء العقد ثبت للمشتري الخيار، فإذا حدث عند المشتري ثبت للبائع الخيار أيضًا في القبول، فدل على أن الرد وقع موقوفًا، والشيء الموقوف إنما ينفذ في حالة يجوز ابتداء ذلك الشيء في تلك الحالة، ألا ترى أنه لو باع ملك غيره والمعقود عليه بحاله فأجازه ماله جاز، لأن ابتداء العقد منه في تلك الحالة جائز، ولو فات المعقود عليه ثم جاز لم يجر، لأن ابتداء العقد بعد فواته لم يجر فلم ينفذ العقد الموقوف، كذلك ههنا، فإذا زالت الحمى في الثلاثة فابتداء الرد في هذه الحالة جائز، فجاز أن ينفذ العقد الموقوف، وابتداء الرد بعد مضي الثلاثة لا يجوز، فجاز أن لا ينفذ العقد الموقوف فبطل.

وأما إذا شهد على الرد وهو صحيح، ثم حُمَّ قبل التسليم فالرد وقع تامًا، إلا أنه لما حم ثبت له الخيار فإذا زال المانع سقط خياره.

٤٨٥- إذا قطع البائع يد العبد المبيع قبل التسليم فاختر المشتري أخذ العبد سقط عنه نصف الثمن، وليس له أن يضمه نصف القيمة. ولو أن أجنبيًا قطع يد العبد فاختر المشتري أخذه فله أن يضمه نصف قيمة العبد.

والفرق أن تسليم نصف القيمة من الذمة، لأننا لو أوجبناه على البائع لأوجبناه لحق العقد، إذ لولا العقد وإلا لما لزمه ذلك، ولا يجوز تسليم القيمة من الذمة لحق العقد، كما لو باع بقيمة عبد من الذمة ابتداء لم يجر.

وليس كذلك الأجنبي، لأنه لا يلزمه القيمة من الذمة لحق العقد لو أوجبنا عليه القيمة وإنما يلزمه بالجناية، إذ لولا شراؤه لكان جانيًا على ملك البائع فيجب على الأجنبي الضمان أيضًا، وإيجاب الضمان في الذمة بالجناية جائز، ولا يأمن حيث يجب الضمان على البائع بسقطه، لأن البائع لما قطع فوت التسليم في ذلك فانحل العقد فوجب إعادته إلى ملكه، وفي إعادته إلى ملكه مع وجوب الضمان عليه، لأنه يصير جانيًا على ملكه، وجنابته على ملكه لا توجب الضمان، وفي منع وجوب الضمان عليه إبطال العقد، لأن

المبيع يفوت لا إلى خلف، فإذا من حيث يلزم الضمان يسقطه فلا يلزمه، وفي الأحسن لم أوجبنا الضمان عليه لا نسقطه، لأننا لو قلنا أن جنايته توجب انحلال العقد عنه لأوجبنا الضمان عليه، لأنه يصير جائزاً على ملك البائع، وجناية الأجنبي على ملك البائع توجب الضمان، وفي إيجاب الضمان استبقاء العقد، لأن المبيع يفوت إلى خلف، فبقي العقد ببقائه، فمن حيث نوجب الضمان عليه لا نسقطه، فجاز أن نوجه.

٤٨٦- إذا اشترى الرجل عبداً بألف درهم ولم ينقد الثمن حتى قطع البائع يده، ثم قطع المشتري رجله من خلاف، فمات من ذلك في يد البائع، فعلى المشتري ثلاثة أثمان الثمن، ولا يجعل المشتري بالجناية قابضاً لباقي الشخص. ولو اشترى عبداً فقطع المشتري يده صار قابضاً للعبد، حتى أنه لو مات في يد البائع قبل أن يمنعه لزمه جميع الثمن.

والفرق أن البائع بقطع اليد فوت نصفه، وشراؤه جنايته لم ينقطع، لأنه لم يوجد قبض حقيقي مضمن بعد القطع، حتى يقطع حكم شرائه جناية البائع بوجود قبضه الحكمي، وإذا لم يقطع حكم شرائه جنايته بقي حكم يده، فلم يتمكن المشتري من قبضه بجنايته لبقاء شرائه جناية البائع فلم يصير قابضاً إلا أنه بالقطع صار قابضاً نصف الثمن، وهو الربع ولم يوجد ما يقطع حكم شرائه فلم يقطع أيضاً شراؤه جنايته، وبقي ربع سراية الجنايتين فصارت جناية المشتري وسرايتها ثلاثة أثمان، وفات بجناية البائع خمسة أثمان.

وليس كذلك إذا قطع المشتري يده فمات في يد البائع، لأنه صار قابضاً بقطع اليد وليس ههنا مانع يمنع قبضه، فصح القبض، فإذا مات لزمه تمام الثمن.

٤٨٧- ولو اشترى عبداً فلم ينقد الثمن حتى قطع البائع يده، ثم قطع المشتري رجله من خلاف لم يجعل قابضاً بالجناية لباقي الشخص، ولا ينقطع سراية البائع، ويسقط عن المشتري خمسة أثمان الثمن، ويلزمه ثلاثة أثمان الثمن. ولو قطع البائع يده ثم قبضه المشتري بإذن البائع أو بغير إذن البائع فمات في يد المشتري من جناية البائع بطل عن المشتري نصف الثمن ولا ضمان على البائع فيما هلك.

والفرق أن قبض المشتري بالقطع حكمي، وللبائع أيضاً يد حكمية، لأن قبضه أيضاً بالشراء، ولم يوجد قبض مضمن حقيقي حتى ينقطع الشراء، ولكل واحد قبض حكمي فاستويا فلم يدفع أحدهما الآخر ففسرت الجنايتان.

وليس كذلك إذا قبضه المشتري لأن هذا قبض مضمون، وجد بعد جناية البائع من طريق الحقيقة، فقطع حكم سراية جناية البائع، كما لو قطع يد عبد إنسان، فجاء غاصب وغصبه فمات في يد الغاصب من القطع فإنه يكون مضموناً على الغاصب، وينقطع سراية

الجاني، كذلك هذا.

٤٨٨ - إذا اشترى عبداً ولم ينقد الثمن فقبضه بغير أمر البائع فقطع البائع يده في يد المشتري، فمات من غير قطع اليد لم يسقط إلا نصف الثمن عن المشتري، ولا يجعل البائع قابضاً بالجناية. ولو قطع المشتري يده في يد البائع، ولم يسنعه البائع حتى مات لزمه جميع الثمن.

والفرق أن المشتري استحق قبض العين وتعين حقه فيه، بدليل أنه ليس للبائع العدول إلى غيره، فإذا قطع يده فقد تناول بعض المعقود عليه، ويمكن من قبض الباقي، والتمكن من قبض ما يستحق قبضه يكون قبضاً، كالتخلية في المبيع والإجارة والنكاح الصحيح، وإذا صار قابضاً لزمه جميع الثمن.

وليس كذلك البائع، لأنه لم يستحق قبض العين، ولم يتعين حقه فيه، بدليل أن للمشتري العدول عنه إلى غيره، فإذا قطع يده صار متمكناً من قبض عين مستحق، فلا يكون قابضاً كالتخلية في النكاح الفاسد فلم يتلف على حكم ملكه.

٤٨٩ - وإذا اشترى جارية بألف، فولدت عند البائع ابنة، وولدت الابنة ابنة، وأنقصتها الولادة فللمشتري الخيار، إن شاء أخذهن بجملة الثمن، وإن شاء تركهن. ولو اشترى شاة فولدت ثم ولدت الولد ونقصتها الولادة أو لحقها عيب آخر فلا خيار للمشتري.

والفرق أن الولادة توجب نقصاناً في الأم، وهو إما رضي بأخذ الأم ناقصة بسلامة الولد سليماً، فإذا لم يسلمه له سليماً لم يوجد شرط الرضا بالنقصان الحاصل في الأم، فثبت له الخيار، كما لو ادعى داراً فصالحه على ثوب فاستحق، رجع في دعواه، كذلك هذا.

وليس كذلك الشاة لأن الولادة تعد نقصاناً في الشاة فلم ينقص المبيع، فلو رد لنقصان في الولد وفوت الولد لا يوجب خياراً، فالنقصان به أولى ألا يوجب خياراً، والمعنى فيه أنه ليس بإزاء الولد يدل فلا يستدرك بالرد بدلا.

٤٩٠ - إذا فقا البائع عين المبيعة قبل التسليم، ثم ولدت سقط نصف الثمن وأخذ الولد والأم بما بقي، ولحق الولد باقي العقد^(١). ولو فقا المرتن عين الجارية المرهونة ثم ولدت ولداً لم يسقط شيء من الدين، وغرم نصف قيمة الرهن، ولحق الولد أصل العقد.

والفرق أن جناية المرتن على الرهن توجب القيمة، بدليل أنه لو أتلّف جميع الرهن غرم جميع القيمة، فكذلك إذا تلف بعضه، والقيمة تخلف العين وتقوم مقامه، فبقي العقد

(١) انظر المبسوط للسرخسي (١٤١/١٠)، (١٩٠/١٣).

في الفات بقاء خلفه، وإذا بقي العقد في الجميع لحق الولد جميع العقد.

وليس كذلك في البيع لأن جنابة البائع على المبيع قبل التسليم توجب فسخ العقد عما جنى عليه بمقدار ما جنى انفسخ العقد عنه، وبقي الباقي. فإذا ولدت لحق الولد باقي العقد.

٤٩١- ولو أن الجارية المبيعة اعورت قبل التسليم لم يسقط شيء من الثمن وخبر المشتري. ولو أن الجارية المرهونة اعورت سقط نصف الدين.

والفرق أن المرهونة مضمونة بضمان قبض، والعين صفقة، والأوصاف تضمن بالقبض، لأنها تفرد بالقبض، فتفرد بضمان القبض، وإذا كان هذا الوصف مضموناً ففوته يسقط ما بإزائه من الدين.

وليس كذلك المبيعة، لأنها مضمونة بالعقد والأوصاف لا تضمن بالعقد، لأنها لا تفرد بالعقد فلا تفرد بضمان العقد، فلم يسقط بإزائه شيء من الثمن.

٤٩٢- الجارية المرهونة إذا اعورت ثم ولدت لحق أصل الولد العقد.

والجارية المبيعة إذا فقأ البائع عينها ثم ولدت لحق الولد باقي العقد.

والفرق أن اعورار المرهونة جزء من الرهن، وفوات جزء من الرهن يوجب دخوله في الاستيفاء، وإذا دخل في الاستيفاء تم العقد فيه، لأن عقد الرهن يعقد للاستيفاء، فبقي العقد في الجميع، فلحق الولد الجميع.

وليس كذلك إذا فقأ عين المبيعة لأن الجنابة عليه توجب فسخ العقد عنه كما بينا، فلم يبق العقد فيه، فلا يلحق الولد، إلا مقدار ما بقي العقد فيه.

٤٩٣- إذا أنفذ المشتري الثمن وقبض المبيع، ثم إن البائع وجد الثمن زيوفاً أو مهرجة لم يكن له أن يسترد المبيع ويحبسه. ولو فك الرهن وأدى الدين وقبض الرهن، ثم وجد الدراهم زيوفاً أو مهرجة كان له أن يسترد الرهن^(١).

والفرق أن الزيوف من جنس الدراهم، بدليل أنه لو تجاوز به جاز، وبدليل أنه لا يجوز بيعه بالجياذ متفاضلاً، فدخل في القضاء، فقد سلم الثمن للبائع إلى أن يرده فيسلم المبيع للمشتري في ذلك الوقت، وإذا سلم له في وقت سلم في عموم الأوقات، والدليل عليه البائع إذا أعار المبيع المشتري ثم أراد أن يرتجعه لم يكن له ذلك، كذا هذا. وليس كذلك الرهن لأن سلامة الرهن له ساعة لا توجب سقوط حقه من الحبس،

(١) انظر الدر المختار (٢٦٠/٥) وحاشية ابن عابدين (٢٥٩/٥)، وشرح فتح القدير (٣٨٥/٦).

الجاني، كذلك هذا.

٤٨٨ - إذا اشترى عبداً ولم ينقد الثمن فقبضه بغير أمر البائع فقطع البائع يده في يد المشتري، فمات من غير قطع اليد لم يسقط إلا نصف الثمن عن المشتري، ولا يجعل البائع قابضاً بالجناية. ولو قطع المشتري يده في يد البائع، ولم يمنعه البائع حتى مات لزمه جميع الثمن.

والفرق أن المشتري استحق قبض العين وتعين حقه فيه، بدليل أنه ليس للبائع العدول إلى غيره، فإذا قطع يده فقد تناول بعض المعقود عليه، وتمكن من قبض الباقي، والتمكن من قبض ما يستحق قبضه يكون قبضاً، كالتخلية في المبيع والإجارة والنكاح الصحيح، وإذا صار قابضاً لزمه جميع الثمن.

وليس كذلك البائع، لأنه لم يستحق قبض العين، ولم يتعين حقه فيه، بدليل أن للمشتري العدول عنه إلى غيره، فإذا قطع يده صار متمكناً من قبض عين مستحق، فلا يكون قابضاً كالتخلية في النكاح الفاسد فلم يتلف على حكم ملكه.

٤٨٩ - وإذا اشترى جارية بألف، فولدت عند البائع ابنة، وولدت الابنة ابنة، وأنقصتها الولادة فللمشتري الخيار، إن شاء أخذهن بجملة الثمن، وإن شاء تركهن. ولو اشترى شاة فولدت ثم ولدت الولد ونقصتها الولادة أو لحقها عيب آخر فلا خيار للمشتري.

والفرق أن الولادة توجب نقصاً في الأم، وهو إما رضي بأخذ الأم ناقصة بسلامة الولد سليماً، فإذا لم يسلمه له سليماً لم يوجد شرط الرضا بالنقصان الحاصل في الأم، فثبت له الخيار، كما لو ادعى داراً فصالحه على ثوب فاستحق، رجع في دعواه، كذلك هذا.

وليس كذلك الشاة لأن الولادة تعد نقصاً في الشاة فلم ينقص المبيع، فلو رد لنقصان في الولد وفوت الولد لا يوجب خياراً، فالنقصان به أولى ألا يوجب خياراً، والمعنى فيه أنه ليس بإزاء الولد بدل فلا يستدرك بالرد بدلاً.

٤٩٠ - إذا فقا البائع عين المبيعة قبل التسليم، ثم ولدت سقط نصف الثمن وأخذ الولد والأم بما بقي، ولحق الولد باقي العقد^(١). ولو فقا المرتهن عين الجارية المرهونة ثم ولدت ولدًا لم يسقط شيء من الدين، وغرم نصف قيمة الرهن، ولحق الولد أصل العقد. والفرق أن جناية المرتهن على الرهن توجب القيمة، بدليل أنه لو أتلّف جميع الرهن غرم جميع القيمة، فكذلك إذا تلف بعضه، والقيمة تخلف العين وتقوم مقامه، فبقي العقد

(١) انظر المبسوط للرخسي (١٤١/١٠)، (١٩٠/١٣).

في الفات بقاء خلفه، وإذا بقي العقد في الجميع لحق الولد جميع العقد. وليس كذلك في البيع لأن جنابة البائع على المبيع قبل التسليم توجب فسخ العقد عما جنى عليه بمقدار ما جنى انفسخ العقد عنه، وبقي الباقي، فإذا ولدت لحق الولد باقي العقد.

٤٩١- ولو أن الجارية المبيعة اعورت قبل التسليم لم يسقط شيء من الثمن وحسب المشتري. ولو أن الجارية المرهونة اعورت سقط نصف الدين.

والفرق أن المرهونة مضمونة بضمان قبض، والعين صفة، والأوصاف تضمن بالقبض، لأنها تفرد بالقبض، فتفرد بضمان القبض، وإذا كان هذا الوصف مضموناً فقوته يسقط ما بإزائه من الدين.

وليس كذلك المبيعة، لأنها مضمونة بالعقد والأوصاف لا تضمن بالعقد، لأنها لا تفرد بالعقد فلا تفرد بضمان العقد، فلم يسقط بإزائه شيء من الثمن.

٤٩٢- الجارية المرهونة إذا اعورت ثم ولدت لحق أصل الولد العقد.

والجارية المبيعة إذا فقأ البائع عينها ثم ولدت لحق الولد باقي العقد.

والفرق أن اعورار المرهونة جزء من الرهن، وفوات جزء من الرهن يوجب دخوله في الاستيفاء، وإذا دخل في الاستيفاء تم العقد فيه، لأن عقد الرهن يعقد للاستيفاء، فبقي العقد في الجميع، فلحق الولد الجميع.

وليس كذلك إذا فقأ عين المبيعة لأن الجنابة عليه توجب فسخ العقد عنه كما بينا، فلم يبق العقد فيه، فلا يلحق الولد، إلا مقدار ما بقي العقد فيه.

٤٩٣- إذا أنفذ المشتري الثمن وقبض المبيع، ثم إن البائع وجد الثمن زيوفاً أو هرجة لم يكن له أن يسترد المبيع ويحبسه. ولو فك الرهن وأدى الدين وقبض الرهن، ثم وجد الدراهم زيوفاً أو هرجة كان له أن يسترد الرهن^(١).

والفرق أن الزيوف من جنس الدراهم، بدليل أنه لو تجوز به جاز، وبدليل أنه لا يجوز بيعه بالجياذ متفاضلاً، فدخل في القضاء، فقد سلم الثمن للبائع إلى أن يردّه فيسلم المبيع للمشتري في ذلك الوقت، وإذا سلم له في وقت سلم في عموم الأوقات، والدليل عليه البائع إذا أعار المبيع المشتري ثم أراد أن يردّه لم يكن له ذلك، كذا هذا.

وليس كذلك الرهن لأن سلامة الرهن له ساعة لا توجب سقوط حقه من الحبس،

(١) انظر الدر المختار (٢٦٠/٥) وحاشية ابن عابدين (٢٥٩/٥)، وشرح فتح القدير (٣٨٥/٦).

وله أن يرتجعه كما لو أعار الرهن من الراهن فله أن يرتجع فيه كذلك هذا.
والمعنى في العارية أن تسليم المبيع مضمون على البائع، فإذا سلمه إلى المشتري فقد أدى مضموناً عليه، فلم يكن له أن يرجع فيه كالمغصوب إذا رد المغصوب إلى صاحبه لم يكن له أن يرتجعه، كذلك هذا.

وليس كذلك الرهن، لأن تسليم الرهن غير مضمون عليه، وإنما عليه التخلية بينه وبين الراهن، وإذا سلم صار بالتسليم متبرعاً وللمتبرع أن يرجع فيما تبرع به، كما لو وهب شيئاً فله أن يرجع فيه، كذلك هذا.

٤٩٤- وإذا اشترى شيئاً فقبضه بغير إذن البائع قبل نقد الثمن فتلف في يده لم يكن له على المشتري إلا ضمان الثمن. ولو أن المشتري وكل وكيلاً بقبض المبيع فقبضه الوكيل قبل نقد الثمن فللبائع أن يضمن الوكيل قيمة المبيع فيحبسه على استيفاء الثمن.
والفرق بينهما أن العقد أوجب أن يكون المبيع مضموناً على المشتري بالثمن والعقد باق، بدليل أن تلف المبيع بعد القبض لا يوجب انفساخ العقد، فلو أوجنا على المشتري القيمة لأوجنا في المضمون ضماناً آخر من جنسه مع بقاء ما يوجب الضمان الأول، وهذا لا يجوز كما لو غصب شيئاً فزادت قيمته، لا يضمن الزيادة، كذا هذا.

وليس كذلك الوكيل لأن العقد لم يوجب كون الشيء مضموناً على الوكيل بالثمن، إذا لم يجر بينه وبين البائع عقد، فلما أوجنا القيمة عليه لم يؤد إلى إيجاب ضمان آخر عليه من جنسه مع بقاء ما يوجب الضمان الأول، فجاز إيجابه.

٤٩٥- ولو أن رجلاً باع جارية وقبضها المشتري فادعى أن لها زوجاً غائباً وأنكر البائع فأراد المشتري أن يقيم البينة على الزوجية، لم يكن له ذلك. ولو أراد أن يقيم البينة على إقرار البائع بالزوجية كان له ذلك.

والفرق أن المشتري خصم في إثبات إقراره، لأن ثبوت إقراره يوجب له حق الرد، وإن لم يثبت الزوجية، ألا ترى أنه لو أقر عند القاضي بذلك ثبت حق الرد وإن لم تثبت الزوجية، فإذا كان الإقرار حقاً له وكان خصماً في إثباته قبلت بينته.

وليس كذلك البينة على نفس النكاح، لأنه ليس بخصم في إثبات النكاح لأن الزوجية تفصل عن ثبوت حق الرد لجواز ثبوت كل واحد دون صاحبه، وما لم تثبت الزوجية ههنا لا يثبت له حق الرد وهو ليس بخصم فيه، فلا تقبل بينته، ويجوز أن يكون خصماً في الإقرار بالشيء، وإن لم يكن خصماً في إثبات نفس ذلك الشيء، ألا ترى أن المشتري لو أقام البينة على البائع أن العبد الذي باعه مني قد كان عتقه لم تقبل بينته، ولو

أقام البينة على أن البائع أقر بأنه أعتقه قبلت بينته، كذلك هذا.

٤٩٦- إذا أودع عند إنسان شيئاً، ثم باع الوديعة من المودع، والوديعة غائبة عن المشتري بعيدة منه، لم يصير قابضاً لها حتى تصل يده إليها، ولو أراد البائع أن يأخذها ليحبسها على استيفاء الثمن قبل وصول يده إليها، كان له ذلك. ولو كانت الوديعة حاضرة عند البيع صار بنفس العقد قابضاً، ولو أراد ارتجاعها منه ليحبسها على استيفاء الثمن لم يكن له ذلك.

والفرق بينهما أن قبض المودع للبائع إلا أن يقبضه لنفسه، بدليل أنها لو تلتفت لتلفت من مال البائع، فصار كما لو كانت في يده فأراد حبسها على الثمن كان له ذلك، كذا هذا.

وليس كذلك إذا كانت حاضرة، لأن يده كانت للبائع إلا أنه بالإيداع صار كالمستحفظ له في كل ساعة، ولو أودعها بعد الشراء وهي حاضرة فسلمها إليه صار قابضاً، كذلك هذا، والمعنى فيه أنه رضي بخروج المبيع من يده قبل قبض الثمن، فإذا أراد ارتجاعه لم يكن له ذلك بخلاف المسألة الأولى.

٤٩٧- إذا رهن عبداً إنسان فباعه منه والعبد ليس بحضرتها لم يصير قابضاً. ونحو غضب عبداً فاشتراه وليس العبد بحضرتها صار بنفس العقد قابضاً.

والفرق أن المرهون أمانة، بدليل أنه لو كفّل إنسان للراهن الرهن لم يصح، وبدليل أنه لو كان مضموناً لم يخل إما أن يكون مضموناً بالقيمة، أو بما يلاقيه والرهن غير مضمون بالقيمة، بدليل أن الدين لو كان أقل من القيمة لم يغرم الزيادة على الدين، لو كان أقل من القيمة لم يغرم الزيادة على الدين، ولا هو مضمون بما يلاقيه، بدليل أنه لو كانت القيمة ألفاً والدين ألفين، فإذا تلف رجّع عليه بالألف، وإذا لم يكن مضموناً بالقيمة ولا بما يلاقيه ثبت أنه أمانة، إلا أن الدين سقط بتلفه، صار الموجود من القبض غير ما أوجبه العقد، فلم ينب منابه، كما لو أودعه ثم باعه.

وليس كذلك الغصب، لأنه مضمون في يده والبيع يقبض قبضاً مضموناً، فصار الموجود من جنس ما أوجبه العقد، فتاب منابه، كما لو غصب بعد العقد.

وإن شئت قلت لما كان للمرهون أمانة فإذا اشتراه لم يوجد بعد الضمان، فصار كما لو لم يوجد نقل العين.

وليس كذلك المغصوب، لأنه نقل الضمان، لأنه كان مضموناً بالقيمة، وقد نقله إلى ضمان الثمن، فقد وجد نقل الضمان، فصار كما لو نقل العين من محل إلى محل ميسر.

به قابضًا، كذلك هذا.

٤٩٨- إذا باع عبدًا أبقًا له من ابنه الصغير لم يجز. ولو وهب له جاز.
والفرق أن البيع يوجب ضمان التسليم، ولا يقدر على تسليم الأبق فلم يجز إيجاب التسليم عليه، فصار بيعًا لا يوجب ضمان التسليم، فكان باطلا.
وليس كذلك الهبة لأن الهبة لا توجب ضمان التسليم، لأن العقد عقد تبرع، فاستحال أن يوجب ضمانًا، وإنما يوجب نقل اليد، وقد نقل حكم يده إليه، فصار كما لو كان حاضرًا.

ولأن العبد في يد الأب على وجه الأمانة لاستحالة أن يكون ملكه مضمونًا عليه، والهبة تقتضي قبض أمانة، فصار الموجود من جنس ما أوجبه العقد، قائم مقامه.
وليس كذلك البيع لأنه يقتضي قبضًا مضمونًا، والعبد في يد الأب على وجه الأمانة، فلم يوجد قبض من جنس ما أوجبه العقد، فلم يصير قابضًا ما لم تصل يده إليه.
٤٩٩- إذا أرسل الأب غلامه في حاجة ثم باعه من ابن له صغير، فلم يرجع العبد حتى بلغ الابن ثم رجع العبد فقبضه الأب لم يصح قبضه للابن، وإذا تلف قبل التسليم إلى الابن تلف من مال الأب^(١). ولو اشترى الأب غلامًا لابنه الصغير من أجنبي ولم يقبض فبلغ الابن ثم قبض الأب جاز قبضه له.

والفرق أن قبض الأب من نفسه إذا باع من ابنه الصغير إنما يكون بحق الولاية لا بحق العقد، لأن حقوق العقد تتعلق بالابن فيما يبيعه الأب منه، لأن الأب من الولاية ما يخرج نفسه من العهدة، ويلزمه العهدة بعقده، ولو قلنا أن حق القبض يجب للأب لصار موجبًا ومستوفيًا لنفسه على نفسه، فوجب ألا يجوز، فلما جاز دل على أن حق القبض يجب للابن، وإنما يقبضه الأب له بحق الولاية، فإذا باع زالت ولايته فصار هو كالأجنبي، فلم يقع قبضه له.

وليس كذلك إذا اشتراه من الأجنبي، لأن حقوق العقد تتعلق بالعاقد وهو الأب، والقبض من حقوق العقد، فوجب له حق القبض بالعقد بالولاية، والعقد باق فيني حقوقه، فإذا قبضه جاز كما لو كان وكيلًا لبالغ.

٥٠٠- إذا أودع رجلًا شيئًا فوضعه في بيته، ثم التقيا وليس الشيء بحضرتها فوجه من المودع جازت الهبة وصار قابضًا. ولو باعه منه لم يجز البيع حتى تصل يده إليه.

(١) انظر البحر الرائق (٥٢٨/٨).

والفرق أن الوديعة أمانة كالهبة، والهبة تقتضي قبضاً غير مضمون، فصار الموجود من جنس ما أوجبه العقد، فناب منابه.

وليس كذلك البيع، لأن البيع يقتضي قبضاً مضموناً، والوديعة أمانة، فصار الموجود من القبض غير ما أوجبه العقد فلم يقع عنه.

٥٠١- ولو اشترى عبداً بألف درهم ولم يقبضه حتى وهبه للبائع وقبله البائع كانت الهبة نقضاً للبيع. ولو باعه من البائع لم ينتقض البيع.

والفرق أن الشراء يقتضي قبضاً مضموناً، والمبيع في يدي البائع مضمون عليه، ويستحيل أن يستحق على غيره تسليم ما هو في يده مضمون عليه، فصار هذا شراء لا يوجب التسليم فكان باطلاً، وإذا بطل لم يؤثر في رفع العقد.

وأما الهبة فلا تقتضي ضمان التسليم، والشئ في يده مقبوض غير مضمون، فصار الموجود من جنس ما أوجبه بالهبة فصحت الهبة، وإذا جازت الهبة قات القبض في البيع الأول، فبطل البيع الأول، وبطلان البيع الأول يوجب بطلان الهبة فبطل الجميع.

ووجه آخر أن لفظ الهبة لفظ عام يصلح لابتداء التمليك، ويصلح لدفع ما كان، تقول هب لي ضرب عبدك يعني ارفع عنه راعف عنه، وإذا كان اللفظ عاماً ولا يمكن حمله على ابتداء التمليك، لأن هبة المشتري قبل القبض لا تجوز، لأنه يفوت القبض في (المبيع، وفوات القبض في المبيع يوجب بطلان) البيع، وبطلان البيع يوجب بطلان الهبة فلم تصح الهبة، وإذا لم يحمله على ابتداء الهبة حمل على رفع ما كان، فصار كأنهما تقايلا وقالاً رفعتا ذلك، فكانت إقالة.

وليس كذلك لفظ البيع، لأن البيع عبارة عن ابتداء التمليك، ولا يستعمل في رفع ما كان، وابتداء تملكه لا يجوز، واللفظ لا يصلح لرفع ما كان فلم يكن بيعاً ولا إقالة، فصار كأنه لم يكن، وبقي البيع بحاله.

٥٠٢- إذا أودع رجل عبداً فأبى منه ثم وهبه صاحبه من المودع جاز. ولو غصبه منه غاصب، ثم وهبه صاحبه من المودع لم يجز.

والفرق أن في الغصب زالت يد المودع، بدليل أنه حدثت يد أخرى عليه وصار مضموناً على الغاصب، ولم يصر بنفس العقد قابضاً، كما لو كان في يد غيره.

وليس كذلك إذا أبى، لأن حكم يده باق فيه، بدليل أنه لم تحدث يد أخرى عنه فصار كما لو بقي حقيقة اليد ولو بقي في يد المودع ووهبه منه صح، كذلك هذا.

٥٠٣- إذا اشترى الصحيح عبداً بألف درهم ولم ينقد الثمن، وعليه دين، ثم مرض

المشتري فوجد بالعبد عيباً فله أن يردّه، ويجبره القاضي على القبول. ولو مات وأراد الوصي أن يردّه بالعيب لم يكن له ذلك.

والفرق أن حق الرد وجب له بظاهر العقد، (وحق الغريم مشكوك فجاز له رده). وليس كذلك الوصي، لأن حق الغريم تعلق بعين مال الميت، وهذا العبد ماله، فتعلق حقهم به فهو بالرد يبطل حق الغريم من غير تركته بغير رضاه، فلم يكن له ذلك، كما لو أثر بعض الغرماء على بعض.

٥٠٤- فلو رد المشتري عليه بقضاء قاض ثم مات المشتري من مرضه خير البائع بين أن يغرم نصف الثمن للغرماء وبين أن يرد العبد ويبطل الرد. ولو رد بغير قضاء ثم مات لزمه نصف الثمن للغرماء.

والفرق أن الرد بغير قضاء ابتداءً تملك بينهما على التراضي، فصار كما لو اشترى منه بمقدار الثمن ابتداءً ثم جعله قصاصاً بما كان له عليه من الثمن الأول، فيصير مؤثراً بعض الغرماء على بعض، فلم يجز ورد النصف، كذلك هذا.

وليس كذلك إذا كان الرد بقضاء لأن الرد بقضاء يقع فسخاً للعقد الأول، فملكه لا بعقد ضمان، فوجب حق الغير فيه بغير فعله، فيختر بين أن يدفع العين ليرأ من الضمان وبين أن يقدي بتسليم العين له كما قلنا في العبد إذا جنى حناية.

٥٠٥- المريض إذا رد المشتري بالعيب، وقيمة العبد أكثر من الثمن الذي نقده بما يتغابن الناس فيه، لم يجز إذا كان عليه دين. ولو رده الوصي وقيمته أكثر من الثمن بما يتغابن الناس فيه جاز.

والفرق أن المريض هو الموجب لدين الغرماء، فإذا رد المبيع وقيمته أكثر فهو يبطل ما أوجبه من الحق فلم يجز.

وليس كذلك الوصي، لأنه لم يوجب الدين فلم يبطل ما أوجبه، ويجوز ألا يقدر وهو على أن يبطل حقه، وغيره يقدر عليه كما لو باع شيئاً ثم أقام البينة أنه لم يكن له لا تقبل بيته، ولو أقام أجنبى البينة أنه كان له قبلت، وكذلك المضارب لو باع مال المضاربة بما يتغابن الناس فيه جاز، ورب المال إذا باع مال المضاربة بما يتغابن الناس فيه جاز كذلك هذا.

٥٠٦- إذا كان عبد في يد رجل وأقام رجل البينة أنه باعه من الذي في يده بألف درهم وأقام آخر البينة أنه باعه من الذي في يده بمائة دينار فعليه الثمنان جميعاً، فإن وجد به عيباً فليس له أن يردّه عليهما ولكن يرد على أحدهما ولا سبيل له على الآخر بعد

ذلك. ولو حدث عنده عيب آخر لا يقدر على الرد فله أن يرجع بنقصان العيب على كل واحد منهما، ومتى أخذه من أحدهما فله أن يأخذه من الآخر بعد ذلك.

والفرق أن من شروط الرجوع بجميع الثمن رد المبيع عليه، ومتى رد على أحدهما لم يقدر على رده على الآخر، فلم يوجد شرط الرجوع بالثمن، فلم يكن له أن يرجع.

وليس كذلك الرجوع بنقصان العيب، لأنه ليس من شرط الرجوع بنقصان العيب القدرة على الرد، بدليل أنه لو تلف المبيع كان له حق الرجوع بنقصان العيب، وإذا لم تكن القدرة على الرد شرطاً في الرجوع بنقصان العيب استوى رجوعه على الأول وعدمه في حق الثاني، ولو لم يرجع على الأول يرجع على الثاني، كذلك إذا رجع كما لو مات العبد.

٥٠٧- إذا اشترى زق زيت بمائة درهم، على أن الزق وما فيه له، على أن وزن ذلك كله مائة رطل، فوزن فوجد ذلك تسعين رطلاً فالشراء جائز، وكيفية الرجوع المذكورة في الجامع^(١).

وقال في كتاب البيوع لو قال بعثك هذا العدل على أن فيه خمسين ثوباً فوجده تسعة وأربعين فالبيع فاسد.

والفرق أن العقد انعقد بذلك القدر من الزيت في الذمة، وشرط إيفاءه من العين، كما لو قال: بعث منك قفيزاً من هذه الصبرة، والدليل على أنه إذا قال: بعثك قفيزاً من هذه الصبرة، انعقد على قفيز من الذمة ليوفيه من العين أنه لو لم يكن كذلك لكان لا يخلو إما أن انعقد على قفيز شائع في الجملة أو قفيز واحد غير معين، ولا يجوز الأول، لأنه لو تلف الجميع إلا قفيزاً فإنه يكلف بتسليمه إليه، ولا يجوز أن يقع على قفيز غير عينه، لأنه محمول فدل على أن العقد ينعقد على ذلك القدر من الزيت في الذمة، فإذا وجد أقل تعذر التسليم فيه فانفسخ العقد، وانفساخ العقد في بعض لا يوجب بطلان العقد في الباقي، كما لو جمع بين عبد ومدير وباعهما فإنه لا يوجب بطلان العقد في العبد، كذلك هذا.

وليس كذلك الثوب، لأن العقد على الثياب لا ينعقد في الذمة، لأن الثوب لا يثبت في الذمة إلا مؤجلاً، لأنه لو قال بعثك هذا العبد بثوب في الذمة لم يجز إلا مؤجلاً، ويصير سلماً، بخلاف ما لو باعه بالحنطة فقد انعقد العقد على العين، فقد عقد على أعيان موجودة ومعدومة، والمعدوم لا يدخل تحت العقد فقد جمع في العقد ما بين ما

(١) انظر الجامع الكبير (ص ٢٢٤) والبحر الرائق (٣١٢/٥).

يصح دخوله فيه وبين ما لا يصح دخوله، وسمى شيئاً واحداً فبطل العقد، كما لو جمع بين حر وعبد وباعهما بثمن واحد.

٥٠٨- إذا اشترى عبداً وباعه، ثم تصادق المشتري الثاني والمشتري الأول أن ذلك البيع الذي بينهما كان فاسداً، أو كان تلحثة، ثم وجد به المشتري الأول عيباً دلّسه له البائع الأول، وأبى البائع الأول أن يقبله لما كان من المشتري الأول والمشتري الآخر من الإقرار بالبيع، فليس له ذلك ويرد العبد عليه.

ولو اتفق البائع والمشتري أن البيع كان فاسداً لم يبطل حق الشفيع، ولم يصدقا على ذلك.

والفرق أن اتفاقهما على هذا المعنى يوجب رفع العقد الأول وفسخه، فصار كما لو رده عليه بقضاء القاضي، ولو رده عليه لم يبطل حق الشفيع، وله أن يرده بالعيب على بائعه الأول، كذلك هذا، ولأنه لا حق لبائعه الأول في العقد الثاني، وإلما الحق فيه للبائع والمشتري، فقد اتفقا على فساد عقد الحق فيه لهما، فصدقا وصار كأن لم يكن في مسألة الشفيع للشفيع حق في عقد البائع والمشتري، فقد اتفقا على فساد عقد، والحق فيه لغيرهما، لأن الشفيع يأخذه بإيجاب البائع فلم يصدقا على إبطال حق غيرهما وصار وزانه في المسألة الأولى أن لو سلم الشفيع الشفيع، ثم اتفقا على فساد البيع فصدقا، كذلك ههنا.

٥٠٩- إذا قال: بعثك هذا العبد بألف درهم، فقال المشتري: فهو حر، قال أبو حنيفة: يصح العقد ويلزمه ألف درهم ويعتق العبد عليه. ولو قال: بعثك هذا العبد، فقال المشتري: هو حر لم يصح العقد، ولم يلزمه الثمن ولا يعتق.

والفرق بينهما أن قوله فهو حر لا يستقل بنفسه ابتداء الكلام، لأنه لا يتبدأ بالفاء، فصار جواباً لإيجاب الماضي، فكأنه قال: قبلت فهو حر، ولو قال ذلك عتق.

وليس كذلك إذا قال هو حر، لأن هذا يصلح لابتداء الكلام من غير إضمار، فيحتمل أن يقول هو حر فلا أشتريه، وإذا لم يكن في اللفظ ما يدل على إضمار القول فيه وأنه جواب للإيجاب الأول لم يضم فيه شيء، فلم يكن القبول مضمرًا فيه، فبقي إعتاق من غير قبول، فلم يجز.

٥١٠- إذا قال: «بعثك هذه النعجة فإذا هو كبش فالبيع جائز».

وإذا قال: بعثك هذه الجارية فإذا هو غلام فالبيع فاسد.

والفرق أن المقصود من الجارية الاستخدام والاستمتاع والاستفراش، وأما المقصود من الغلام التصرف والاستخدام والتجارة، فالأغراض منهما تتباعد فصار اختلاف

الأعراض كاختلاف الأجناس، ولو سمي جنسًا وأشار إلى جنس آخر لم يجر، كذلك هذا. وليس كذلك النعجة والكبش لأن المقصود منهما يتقارب، وهو اللحم فلم يصب! كالجنسين المختلفين، فقد سمي جنسًا وأشار إلى ذلك الجنس، فلم يمنع صحة العقد. فإن قيل المقصود من النعجة اللبن.

قلنا: اللبن ربما يوجد وربما لا يوجد، ولا يختلف القيمة باختلافه ويختلف باختلاف اللحم، دل على أنه مقصود غالبًا لا اللبن.

٥١١- إذا اشترى فصًا على أنه ياقوت، فإذا هو زجاج وهو لا يعلم ذلك فالبيع فاسد، وتعتبر التسمية^(١). ولو قال لامرأته: يا زينب أنت طالق، وأشار إلى عمرة وقع الطلاق على عمرة دون زينب وتعتبر الإشارة.

والفرق أن الياقوت ليس من جنس الزجاج، فقد سمي جنسًا وأشار إلى جنس آخر فقد التزم إيفاء المسمى من المشار إليه إيفاء المسمى من المشار إليه لا يمكن فبطل العقد لعجزه عن التسليم.

وليس كذلك عمرة وزينب لأنهما من جنس واحد فقد سمي جنسًا، وأشار إلى ذلك الجنس، والإشارة أكد لأنها فعل لا يشاركه فيه غيره، وفي التسمية شاركتها غيره فكان أولى.

٥١٢- إذا ملك جارية وابناً لها صغيراً وزوجها وهو أب الصغير، فليس ينبغي أن يفرق بينهم، لا يباعون إلا معاً. ولو كان له ثلاثة أعبد إخوة وأحدهم صغير والباقيان كبيران فله أن يبيع أحد الكبيرين.

والفرق أن ههنا الحرمة واحدة، وهي جهة الأخوة، وكلهم يدلون إلى جهة واحدة وهي الأمومة أو الأبوة، والدليل عليه أن حق الحضانة فيهم لا يترتب دل أن الجهة واحدة ففي بيع أحدهما لا يكون قطع جهة الأخوة عنه، فجاز كما لو لم يبيع واحداً منهم.

وفي الأبوين الجهات اختلفت بدليل أنه يترتب لإحدى الجهتين على الأخرى في الحضانة، لأن الأم أولى ما دام صغيراً، وإذا كبر فالأب أولى، لأن جهة الإدلاء منهما مختلفة، لأن أحدهما يدلي بالأمومة والآخر بالأبوة، ولا يمكن توفير حقه من الجهتين، لأن حقه من جهة الأم التربية والتغذية، ومن جهة الأب التأديب، ففي بيع أحدهما قطع حقه

(١) انظر الهداية (١٢٠/١) والبسوط للرخسي (١٢/١٣)، وكذا الشيباني (٩٥/٥) وشرح فتح القدير (٣٣٤/٦).

عن إحدى الجهتين، فلم يجز، كما لو لم يكن إلا أحدهما معه فإنه لا يجوز التفريق، كذلك هذا.

٥١٣- رجل اشترى من رجل داراً في يد ثالث بعبد ودفع العبد إليه، فخاصم المشتري صاحب اليد، فلم يسلم إليه الدار، فقاضى القاضي بفسخ العقد بينهما، ورد العبد إلى المشتري للدار، ثم تصدق الذي في يديه الدار بالدار على المشتري، أو وهبها منه لا يكلف المشتري بتسليمها إلى البائع، ولا يقال أنت بالشراء منه أقررت بأن الملك له فيلزمك التسليم. ولو أنه أقر بأن هذه الدار للبائع، ثم اشتراها منه، ثم فسخ البيع لتأخير التسليم، ثم وصلت إليه بالصدقة أو الهبة يكلف تسليمها إلى بائع الدار المقر له.

والفرق بينهما أنه بالدخول مع البائع في الشراء، مقر بأن الدار له، إلا أن إقراره من ضمن عقد البيع، لأنه لم يفرد من العقد ولم يصرح به، وللقاضي ولاية في فسخ العقود فإذا فسخ العقد نسخ الإقرار الذي هو في ضمنه، كمريض باع عبداً له يساوي ألفاً بمائة لا مال له غيره صار محايياً للمشتري وموصياً له به ويقال للمشتري رد في الثمن بقدر ثلثي المحاباة، وإلا فسخ العقد، وإذا فسخ العقد فسخ ما في ضمنه وهو المحاباة والوصية حتى لا يكون للمشتري شيء لهذا المعنى، كذلك ههنا.

وليس كذلك إذا أقر بها للبائع صريحاً، لأنه أفرد بالإقرار، وليس للقاضي ولاية في إبطال الأقاير وهو بالشروع معه في العقد مقر بالملك له ضمناً للعقد، وقد أقر أيضاً صريحاً فإذا نسخ العقد بطل ما هو في ضمنه في الإقرار، وبقي إقراره صريحاً بالملك له، فيكلف تسليم ما أقر به إليه، كما لو أوصى لإنسان بثلاث داره وباع الباقي منه بالمحابة ثم لم يزد المشتري في الثمن ففسخ العقد لم تبطل الوصية، كذلك هذا.

فإن قيل قد ثبت الإقرار في ضمن الشيء لم يبطل ذلك الشيء ولا يبطل ما هو في ضمنه، كما لو أقر بأخ فإن النسب لا يثبت، ويشاركه في الميراث. قلنا لم يبطل إقراره بالأخوة في حقه، وههنا حكم بطلان إقراره، لأنه كان في ضمن العقد.

٥١٤- إذا أسلم إلى رجل في كر حنطة، ثم إن المسلم إليه اشترى من رجل كر حنطة، وقال لرب السلم اذهب وكله لنفسك، فذهب وكاله كيلاً واحداً، لم يجز حتى يكيه مرتين كيلاً للمشتري وكيلاً لنفسه. ولو استقرض المسلم إليه من رجل كر حنطة فأمر رب السلم ليكيه لنفسه ويقبضه فقبضه كيلاً واحداً جاز.

والفرق أن ملك المشتري لا يتعين إلا بالكيل، لأنه اشتراها مكايلاً فما لم يكل له لم

يتعين ملكه، فإذا كاله له صار كالوكالة بنفسه، فإذا لم يكله ثانياً لم يصير قابضاً، كذلك هذا. وليس كذلك القرض، لأن القرض عقد تبرع، فلا يحتاج في شامه إلى الكيل، ولو أقرضه حنطة بمجازفة جاز، والقول قول القابض مع يمينه في مقداره، فلم يكن كيله للمستقرض مستحقاً فصار المستحق كيله لنفسه، وقد وجد فصار كما لو استقرضه حنطاً ثم إنه كاله عليه، ولو كان كذلك تعين فيه، كذلك هذا، والأصل في هذا الخبر، وتركنا القياس لأجله في البيع وهو ما روي عن النبي ﷺ: «أنه نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان: صاع البائع وصاع المشتري»^(١)، ولم يشترط فيه قبض يد له إذا كان وزنه في المجلس فجاز أن لا يشترط كيله مرتين بخلاف البيع.

٥١٥- إذا اشترى مكبلاً مكايلاً، وقبضه لم يجز له أن يبيعه، ما لم يكله. ولو اشترى ثوباً مذارعة وقبضه جاز له أن يبيعه قبل أن يذرعه.

والفرق أن ملكه يتعين فيه بالكيل، بدليل أنه لو كاله فوجده أكثر مما اشتراه رد عليه، فإذا لم يكله لم يتعين ملكه فيه، فقد باع قبل تعيين ملكه، فلم يجز.

وليس كذلك المذروع لأن ملكه يتعين فيه قبل الذرع، لأن الذرعان صفة للثوب بدليل أنه لو باع ذراعاً من الثوب لم يجز، وبدليل أنه لو اشترى ثوباً على أنه عشرة أذرع فوجده أحد عشر ذراعاً لم يلزمه رد الذراع الزائد دل على أن الذراع صفة للثوب، ولا يكون معرفة الصفة شرطاً في تعيين الملك، فتعيين ملكه فيه بالقبض، فقد باع بعد تعيين ملكه فجاز، وفي المعداد - روايتان وسنذكره إن شاء الله تعالى في موضعه.

٥١٦- رجل قال لرجل: بع عبدك هذا من فلان بألف درهم على أني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الألف، فباعه من فلان بألف درهم فإن هذا جائز لفلان بألف، وعلى هذا خمسمائة سوى الألف. ولو قال: بع هذا لفلان بألف على أني ضامن بخمسمائة، ولم يقل من الثمن، فباعه من فلان بألف فالبيع جائز من فلان بألف، ولا شيء على الضامن.

والفرق بينهما أن العقد يوجب ضمان الثمن، فإذا قال على أني ضامن بخمسمائة من الثمن فقد أضاف الضمان إلى ما هو واجب بالعقد، فقد ضمن مضموناً فصح الضمان.

(١) رواه البيهقي في الكبرى (٣١٦/٥)، والدارقطني (٨/٣)، وابن ماجه (٧٥٠/٢) وانظر إنبار الإنصاف (ص ٢٨٨)، وبداية المجتهد (١٥٧/٢) وعون المعبود (٢٨٣/٩).

وليس كذلك إذا لم يقل من الثمن، لأن العقد لا يوجب ضماناً سوى الثمن فإذا لم يضاف إلى الثمن لم يكن مضموناً، فقد ضمن غير مضمون فلم يصح الضمان كما لو ضمن الوديعة للمودع.

٥١٧- إذا قال رجل لعبد: «اشتر لي نفسك من مولاك، فيقول نعم، فيأتي مولاه فيقول: بعني نفسي لفلان بكذا، ففعل فهو جائز، وهو الذي أمره». ولو قال: بعني نفسي ولم يقل لفلان فباعه فهو حر.

والفرق أنه لما قال: بعني لفلان، فقد طلب منه نقل الملك من نفسه إلى غيره ببدل، ولا يمكن نقل الملك إلا بعد بقاء الرق فيه، فإذا إجابة المولى إلى ذلك فقد أجابه إلى ما يوجب بقاء الرق، فلم يكن معتقاً، فلا يعتق، ويكون بيعاً.

وليس كذلك إذا قال بعني نفسي، لأن بيع العبد من نفسه إعتاق، فقد وكله بأن يعقد له عقد يبيعه فخالفه، وطلب عقد عتاق، فإذا أجابه إلى ذلك صار مجيباً إلى ما سأله العبد فصار حراً، كما لو قال: أعتقني، فقال: أعتقتك.

٥١٨- إذا قال غلام لرجل: اشترني من فلان فإني عبده، فاشتراه فإذا هو حر، والبائع غائب رجع على العبد بالثمن، وله أن يرجع على البائع إذا قدر عليه، ولو كان البائع حاضراً رجع عليه بالثمن، ولم يرجع على العبد بشيء. ولو قال: خذني رهناً من فلان فإني عبده، فارتنه بمال، ثم تبين أنه حر لم يرجع على العبد بشيء.

والفرق أنه لما قال اشترني فإني عبده فقد ضمن سلامة رقبته له ببدل، فإذا تبين أنه كان حر الأصل صار غاراً على عوض هو مال، فصار كالبائع، وكما لو قالت تزوجني فإني أمة فإذا هي حرة كانت غارة، كذا هذا، فإن كان البائع غائباً أدى غروره إلى إتلاف مال المشتري وهو الثمن، فرجع على الغار، وإذا كان البائع حاضراً لم يؤد غروره إلى إتلاف مال المشتري فلا يرجع عليه.

وليس كذلك الرهن لأنه لا يتضمن سلامة رقبته له، لأن الرهن ليس ببدل عن الدين، وإذا لم يتضمن سلامة عوض هو مال لم يغرم له شيئاً.

٥١٩- إذا أسلم إليه عشرة دراهم في كُرْ حنطة، ثم إن المسلم إليه أسلم في كر حنطة إلى رب السلم، فحل الأجل فأراد أن يجعله قصاصاً يسلمه لم يكن له ذلك^(١).

(١) انظر مختصر اختلاف العلماء للجصاص (٢٣/٣) والبحر الرائق (٤٩٣/٨) والهداية شرح البداية (١٦٤/٣). والبسوط (١٧١/١٢، ١٨٨، ١٩٦) وتحفة الفقهاء (١٢/٢).

وإن غصبه كراً بعد عقد السلم فأراد أن يجعله قصاصاً فله ذلك وإن غصبه قبل العقد، فأراد أن يجعله قصاصاً به لم يكن له ذلك إلا أن يكون قائماً بعينه، فيجعله قصاصاً به صار قصاصاً، سواء كان الكر المغصوب بحضرتها أو لم يكن. ولو أودعه كراً بعد العقد أو قبله، ثم أراد أن يجعله قصاصاً لم يكن قصاصاً إلا أن يكون بحضرتها، أو يرجع إلى بيته فتصل يده إليه.

والفرق أن السلم يقتضي قبضاً مضموناً بعد الوجوب المقبوض، لأن من له على إنسان عشرة دراهم فضة فقضاه عشرة صار مضموناً على القابض، أو لم يصر قصاصاً بماله عليه، وإذا أسلم المسلم إليه في كر حنطة ثم قاصه به فلو قلنا: إنه يجوز لصار قابضاً بالسلم ديناً، لا مقتضياً للسلم، وقضاؤه الدين به تصرف منه في المسلم فيه قبل القبض. تصرفه فيه لا يجوز فلم يصر قصاصاً.

وليس كذلك إذا غصب، لأنه وجد قبض مضمون بعد الوجوب، فصار مستوفياً السلم منه، فجاز كما لو قضاه، وأما إذا غصبه قبل العقد فلم يوجد قبض مضمون بعد وجوب حق القبض له، فلم يصر مستوفياً للمسلم فيه، وإنما كان قائماً في يد الغاصب فهو مقبوض مضمون في يده، فإذا قاصه به صار قابضاً له بنفس المقاصة قبضاً مضموناً، فصار كما لو كان في يده فسلمه إليه في الحال.

وأما الوديعة فمقبوضة غير مضمونة، فلم يوجد القبض الذي اقتضاه العقد، فلم يصر قابضاً إلا أن تصل يده إليه، فإذا وصلت صار مضموناً عليه، فقد وجد القبض الذي اقتضاه العقد، فصار قابضاً.

٥٢٠ - وينعقد البيع بلفظ البيع والتمليك وكل لفظ يفيد معنى البيع، وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمة الله عليه أن المفاوضة لا تنعقد إلا بلفظ المفاوضة^(١).

والفرق أنه إذا قال ملكتك أو أعطيتك فقد أتى بمعنى البيع، فصار بيعاً، وإن لم ينطق به ألا ترى أنه لو أتى بمعنى الصدقة والإباحة صار صدقة وإباحة وإن لم ينطق به وهو أن يعطي الفقير قطعة أو ينثر السكر على صدقة صار مبيعاً لمن التقطه، وكذلك لو دفع إلى البقال كسرة وأخذ فاكهة صار بيعاً، وإن لم ينطق به، لجريان العادة، ولأنها ربما تقوم مقام اللفظ، كذلك هذا.

(١) انظر المبسوط للسرخسي (١٥٤/١١) وحاشية ابن عابدين (٤٤٣/٣) والدر المختار (٣٠٧/٤) وبدائع الصنائع (٦٢/٦).

وأما في المفاوضة فلم يأت بمعنى المفاوضة لأن هذا اللفظ عام لا يعرف معناه إلا فقيه، فإذا لم يأت بمعنى المفاوضة لم تصر مفاوضة، قال القاضي الإمام رضي الله عنه: «فإن كان فقيهاً يأتي بجميع معاني المفاوضة ولم يتلفظ بلفظ المفاوضة صارت مفاوضة أيضاً، ولا رواية تدفع هذا».

٥٢١- روى هشام عن محمد فيمن اشترى صدفة فوجد فيها لؤلؤة أو سمكة فوجد فيها لؤلؤة فهي للمشتري. ولو اشترى دجاجة فوجد فيها لؤلؤة فهي للبائع. والفرق أن اللؤلؤة تتولد من الصدفة فصار كبيع الطير والسمك، وأما السمك فاللؤلؤة من علفه، لأنه يأكل حيوان البحر، والصدف حيوان فصار كسمكة خرجت من جوفه.

وأما الدجاجة فلا تخلق اللؤلؤة منها، ولا هي من علفها فلا تملك بالعقد عليها، كما لو اشترى صندوقاً فوجد فيه متاعاً.

٥٢٢- رجل اشترى نصف عبد بمائة درهم، واشترى رجل آخر النصف الثاني من ذلك العبد بمائتي درهم، ثم باعاه مساومة بثلاثمائة درهم أو بمائتين فالثمن بينهما نصفان. ولو باعاه مرابحة بريح درهم كان الربح والثمن بينهما أثلاثاً.

والفرق بينهما أن المساومة لا تحتاج إلى مضمون العقد، بدليل أنه لو لم يكن للعقد ثمن مضمون مثل إن وهب له فله أن يبيعه مساومة، وإذا لم يعتبر مضمون عقدهما صار كما لو لم يشترياه ولكنهما ورثاه فباعاه مساومة، ولو كان كذلك كان الثمن بينهما نصفين، كذلك هذا.

وليس كذلك المرابحة لأن بيع المرابحة بيع بمضمون العقد الأول وزيادة، بدليل أنه لو ورث شيئاً أو وهب له لم يبعه مرابحة، ومضمون عقدهما فيه مختلف فقسم أثلاثاً، فانقسم الثمن أثلاثاً.

«كتاب الصرف»

٥٢٣- إذا اشترى ألف درهم بمائة دينار، وليس عند واحد منهما دراهم ولا دنانير، ثم استقرض كل واحد منهما مثل ما ساء في بيعه، ودفعه إلى صاحبة قبل أن يتفرقا جاز^(١). ولو باع كر حنطة بكر شعير، وليس ذلك عند كل واحد منهما ما باع، ثم استقرضا وأحضرا وسلموا في المجلس لم يجز، وكذلك الحيوان والعروض.

(١) انظر البحر (٢٦٨/٨)، (٢٧٩) والمبسوط (١٤/١٤)، (٦٨).

والفرق أن الدراهم والدنانير لا يتعينان في العقد، إذ لو عينا لم يتعين، لأن له أن يدفع مثل ما عين، وإذا لم يتعين لم يمنع صحة العقد، فانهقد العقد بمضمون في ذمتها، إلا أنه عقد صرف، فيحتاج إلى القبض في المجلس، فإن وجد تم.

وليس كذلك الحنطة والشعير، لأنهما يتعينان في العقد، بدليل أنه لو باع قفيز حنطة بعينه ثم أراد أن يمسكه ويسلم قفيزاً مثله، لم يكن له ذلك فإذا تغير في الثاني تعين العقد فيه، وبصير كأنه باع ذلك العين، ولم يكن في ملكه، فقد باع مالا يكون عنده، فلم يجر. والأصل فيه الخبر.

٥٢٤ - إذا قال: أسلمت إليك عشرة دراهم، فأراد أن يجعله قصاصاً بما له عليه لم يجر^(١). ولو اشترى ألف درهم بمائة دينار فنقد الدنانير، فقال للآخر: اجعل الدراهم بالدراهم التي لي عليك قصاصاً وله عليه دراهم ففعل ذلك جاز.

والفرق أن ابتداء عقد الصرف بما في الذمة جائز، بدليل أنه لو كان لرجل على رجل عشرة دراهم فقال: اشتريت منك بها ديناراً ونقده في المجلس، جاز وإذا جاز ابتداء عقد الصرف بما في الذمة جاز صرف العقد إليه كما لو اشتراه بمائة في كيس، جاز له أن ينقده من كيس آخر.

وليس كذلك في باب السلم لأن ابتداء عقد السلم بما في الذمة لا يجوز، فلم يجر صرف العقد إليه، دليله الخمر والخنزير. وإذا لم يجر صرفه إليه فإذا لم ينقده في المجلس بطل، كما لو لم يكن له عليه دين.

٥٢٥ - إذا اشترى عشرة دراهم بدينار ونقده الدينار ثم اشترى منه ثوباً بعشرة دراهم فصار له عليه عشرة دراهم، فقال اجعلها قصاصاً قبل أن يتفرقا لم يكن قصاصاً وإن تراضيا بذلك.

ولا يشبه هذا قوله: اجعل الدراهم بالدراهم التي لي عليك قصاصاً، وله عليه دراهم ففعل ذلك جاز.

والفرق أن في المسألة الأولى الدراهم وجبت على بائع الدنانير بعقد الصرف، وابتداء عقد الصرف بمضمون في الذمة جائز، فجاز صرف العقد إليه، كما لو قال: بعثك بعشرة من هذا الكيس، ثم نقده من كيس آخر.

وليس كذلك المسألة الأخيرة، لأن الدراهم كانت واجبة بعد عقد الصرف ابتداء،

(١) انظر تحفة الفقهاء (٨/٢، ٩).

وابتداء عقد الصرف بدراهم تجب في ثاني الحال لا يجوز فلم يجز صرف العقد إليه، كالرصاص والستوق.

٥٢٦- إذا باع من رجل عبداً بألف درهم إلى شهر على أن يوفيه إياه بالبصرة، كان جائزاً، فإذا حل فله أن يطالبه به في أي موضع شاء جاز.

وإن كان شيئاً له حمل ومؤونة لم يكن له أن يطالبه به إلا حيث شرط. ولو اشترى عبداً بألف درهم حالة على أن يوفيه إياه بالبصرة كان هذا شرطاً فاسداً. ولو افترضه دراهم على أن يوفيه بالبصرة كان هذا الشرط فاسداً.

الفرق بين هذه المسائل أن في المسألة الأولى أجل في الثمن أجلاً معلوماً وشرط لنفسه منقعة، وهو الإيفاء بالبصرة فصار كما لو شرط أجود أو أكثر.

وأما إذا لم يقل إلى شهر، وقال: على أن يوفيه بالبصرة فقد شرط أجلاً مجهولاً، لأنه لا يمكنه الإيفاء بها إلا بعد أن يأتيها وربما تزيد مدة الإتيان بها، وربما تنقص فصار مشترياً بثمن إلى أجل مجهول، فلم يجز.

وأما القرض إذا شرط التسليم، فقد شرط التسليم بالبصرة، فصار مشروطاً فيه أجلاً مجهولاً، كما بينا وشرط لنفسه أيضاً منقعة، لأنه أسقط خوف الطريق وخطره عن نفسه، واشتراط الأجل في القرض لا يجوز، وإذا شرط منقعة زائدة لا يجوز، كما لو اشترط أن يرد أجود.

وأما الفرق بينهما وبين ما له حمل ومؤونة وما لا حمل له ولا مؤونة، أن التسليم فيما له حمل ومؤونة يختلف باختلاف الأماكن كما يختلف باختلاف الأوصاف، بدليل أنه لو غصب من إنسان ما له حمل ومؤونة ببلد، ثم أراد أن يرده عليه ببلد آخر، لم يجبر على قبوله، ثم لو شرط الثمن بصفة فأزاد أن يسلمه إليه بصفة أخرى لم يجبر على قبوله، كذلك هذا.

وأما ما لا حمل له ولا مؤونة فالتسليم فيه لا يختلف باختلاف الأماكن، بدليل أنه لو أغتصب من إنسان شيئاً لا حمل له ولا مؤونة ببلد فأراد رده ببلد آخر أجبر على قبوله، وإذا كان تسليمه في هذا المكان وفي مكان آخر لا يختلف استوت الأماكن كلها فيه، فله أن يطالبه في أي موضع شاء.

٥٢٧- إذا كان لرجل على رجل ألف درهم فدفع إليه دنانير، وقال اصرفها وخذ

حقك منها فقبضها، فتلفت عنده قبل أن بصرفها فإنها تهلك من مال الدافع^(١). ولم يرهى عنده شيئاً فتلف عنده سقط دينه.

والفرق أن في المسألة الأولى قبضه ليستوفي الحق من غيره، لأنه قال أصرفها ثم خذ حقك منها فصار أميناً في العين، كما لو أجز منه عبداً لما قبضه ليستوفي حقه من مناعه كان أميناً في العين، كذلك هذا.

وليس كذلك الرهن، لأنه قبضه ليستوفي الحق من عينه، بدليل أن ما لا يمكن استيفاء الحق من عينه كالخمر والخنزير لا يصح رهنه فكان مضموناً كالمبيع في يد المشتري.

٥٢٨ - إذا استهلك الإنسان إناء من فضة، فعليه قيمته إذا كان من الذهب مصوغاً، فلو أجله فيه شهراً جاز. ولو أقرضه دراهم ثم أجله بها شهراً لم يجز. والفرق أن بدل الإناء دين مضمون يجوز الإبراء عنه أصلاً، وإذا جاز الإبراء جاز التأجيل، لأن الإبراء إسقاط الطلب لا إلى غاية، فإذا جاز ذلك فلا يجوز إلى مدة أولى. وليس كذلك القرض لأنه لا يجوز الإبراء عن بدله، فلا يجوز التأجيل فيه كالأعيان المودعة عنده.

٥٢٩ - إذا باع سيفاً محلي بسيف محلي وتفرقا قبل القبض بطل، ولا يجعل حلية هذا تبطل ذاك، حتى لا يشترط التقابض في المجلس، ولا يبطل العقد^(٢). ولو باع ديناراً ودرهماً بدرهمين ودينار، جعل الدرهم بالدينار، والدينار بالدرهمين حتى لا يبطل العقد. والفرق أن بيع السيف المحلي بالسيف المحلي جائز وإنما يبطل بترك القبض، ونحن لا نحتال لاتفاء العقود، وإنما نحتال لتصحيحها، والعقد قد صح فلا ضرورة بنا إلى صرف الجنس إلى غير الجنس.

وفي مسألة الدراهم والدينارين لو لم يصرف الجنس إلى غير الجنس لأبطلنا العقد أصلاً، وظاهر أمور المسلمين محمول على الصحة، فمتى أمكننا أن نحمل العقد على جهة صحة حملنا عليه ليصح العقد، ويحصل مقصود المتعاقدين وغرضهما.

٥٣٠ - إذا اشترى سيفاً محلي على أن فيه مائة درهم بمائتي درهم وتفرقا وتقابضا فإذا في السيف مائتا درهم، فإنه يرد السيف^(٣). ولو اشترى إبريق فضة بألف درهم على أن فيه

(١) انظر فتاوى السعدي (٥٠٧/١)، والمبسوط (٤٠/١٤).

(٢) انظر الغرة المنيفة للغزنوي (ص ٨٠)، وشرح فتح القدير (١٩٥/٥).

(٣) انظر الهداية شرح البداية (٨٣/٣)، والمبسوط (٢٦٨/١٤).

ألف درهم وتقابضا وتفرقا فإذا فيه ألفا درهم فللمشتري أن يأخذ نصفه بألف درهم.
والفرق أن الشرع جعل الفضة بمثل وزنها، بدليل قول النبي عليه السلام: «الفضة بالفضة مثلا بمثل يذا بيد، والفضل ربا»^(١) فصار جعل الشرع إياها بمثل وزنها كجعل المتعاقدين، ولو تعاقدوا وباع منه نصف لإبريق بألف درهم صح، كذا هذا. ولو باع منه نصف حلية سيف لم يجز، كذا هذا.

٥٣١- إذا اشترى إبريق فضة على أن فيه ألف درهم بعشرة دنانير، فوجد فيه ألفي درهم، كان كله له. ولو اشترى نقرة فضة بعشرة دنانير على أن فيها مائة درهم، فوجد فيها مائتي درهم كان للمشتري نصفها.

والفرق أن الوزن في الإبريق صفة، وليس بتقدير، بدليل أن إفراده بالعقد لا يجوز، لأنه لو قال: بعثك وزن مائة درهم من هذا الإبريق، لم يجز، فقد زادت صفة المعقود عليه، ويجوز تملكه بهذا البدل، فسلم إليه الجميع، كما لو اشترى ثوباً على أنه عشرة أذرع، فوجده أحد عشر ذراعاً سلم له الذراع الزائد، كذلك هذا.

وليس كذلك وزن النقرة لأن الوزن في النقرة تقدير وليس بصفة، وبدليل أنه يجوز إفراده بالعقد لأنه لو قال بعثك وزن عشرة دراهم من هذه النقرة جاز، فقد أراد تقدير المعقود عليه، والعقد ينعقد بمقداره، فإذا وجد أكثر لم يتناول العقد تلك الزيادة، فوجب رده، كما لو قال بعثك هذه الصبرة على أنها عشرة أقدرة، فوجدها أحد عشر لزمه رد القفيز الزائد، كذلك هذا.

٥٣٢- إذا باع قُلب فضة على أنه مائة درهم بمائة درهم فوزن فوجد وزنه أكثر قبل أن يتفرقا فللمشتري الخيار، إن شاء أخذه كله بمثل وزنه، وإن شاء تركه، وليس له أن يأخذ مثل وزن دراهمه^(٢). ولو تفرقا فوجد وزنه مائة وخمسين فله أن يأخذ ثلثيه بمائة درهم.

والفرق أن الصفقة لم تتم في المسألة الأولى لما لم يتفرقا، والشرع جعل الدراهم بمثل وزنه، فإذا أراد أن يأخذ نصفه فقد تفرق الصفقة على البائع قبل تمامه والشركة في القُلب عيب، فلم يكن له ذلك.

(١) رواه البخاري (٧٦١/٢)، (٢٦٧٥/٦)، ومسلم (١٢٠٨/٣)، (١٢٠٩)، (١٢١٢)، (١٢١٧). وانظر ألقاظ الحديث وتخرجه في نصب الراية للزيلعي (٤/٤)، (٣٥)، (٣٧)، (٤٣)، (٥٦) والدراية للحافظ (١٥٦/٢) وخلاصة البدر المنير لابن الملقن (٥٣/٢).
(٢) انظر تحفة الفقهاء للسمرقندي (٣٤/٣).

وأما إذا تقابضا فقد تم العقد بالقبض، والمشتري يفرق الصفقة بعد تمام العقد، ولو أراد أن يأخذ الجميع لم يكن له ذلك، لأنه يؤدي إلى أن ينقد الثمن بعد التفريق في الصرف، وهذا لا يجوز ولأن ههنا ثبت الفسخ من طريق الحكم، وهناك ثبت بفعل المشتري.

٥٣٣- ابن سبابة^(١) عن محمد بن رجل له على رجل ألف درهم، وكذلك لرجل عليه خمسون ديناراً، فأرسل إليه رسولا فقال قد بعثك الدنانير التي لي عليك بالدرهم التي لك علي، فقال قد قبلت لم يكن ذلك شيئاً وكان باطلاً. ولو أرسل إليه بأني بعثك عبي الذي في مكان كذا بكذا درهماً فقبل كان جائزاً.

والفرق أن الرسول سفير ولا يتعلق حقوق العقد به، وإنما يتعلق بمن وقع العقد له، وهما متفرقان، والتفريق عن المجلس لو طرأ على عقد الصرف قبل القبض أبطله، فإذا قارن العقد أولى فقد قارنه ما يبطله، فمنع انعقاده.

وليس كذلك البيع لأن التقابض في المجلس ليس بشرط، وانترافهما من المجلس لو طرأ على عقد البيع قبل القبض لا يبطله، فإذا قارنه لا يبطله أيضاً.

وجه آخر أن هذا دين بدين، فلا يجوز إلا أن يتقابضا في المجلس، ولم يوجد، وفي البيع هو عين بدين، وإن لم يوجد تقابض.

ولهذا المعنى قالوا: إنه لو ناداه من وراء جدار: بأني بعثك الدراهم التي لي عليك بالدنانير التي لك علي، لم يجز، ولو ناداه: بأني بعثك عبي فلاناً بالدين الذي لك علي، جاز لهذا المعنى، كذلك هذا.

٥٣٤- إذا اشترى ديناراً بعشرة دراهم ثم قاما يمشيان ولم يتقابضا لم يبطل العقد، ولهما أن يتقابضا.

وروى هشام عن محمد قال لو قال الأب: اشهدوا أنني اشتريت هذا الدينار من ابني الصغير بعشرة دراهم، ثم فارق الأب قبل أن يزن العشرة فهو باطل، فمفارقه بإبطال العقد في الأب، ولم يبطل مع الأجنبي.

والفرق في العاقلين أمكن اعتبار القبض بالتفرق بالبدن والتقابض، لأنه يتصور المفارقة بينهما فعلقناه به فإذا مشيا لم يوجد التفرق بالبدن فلم يبطل.

وليس كذلك الأب، لأنه لا يمكن اعتبار القبض بالانتراف، لأنه شخص واحد، فلا

(١) هو: الإمام الفقيه المحدث الثقة، أبو عبد الله محمد بن سبابة بن عبيد الله بن هلال بن وكيع، صاحب أدب القاضي والناوادر والمحاضر والسجلات توفي سنة ٢٣٣هـ.

يتصور منه المفارقة، فاعتبر المفارقة عن المجلس، إذ لو لم يعتبر لأدى إلى ألا يبطل وإن لم يقبض الأب الابن قط، وهذا لا يجوز، فإذا منى الأب فقد فارق المجلس فبطل.

٥٣٥- إذا باع قلب فضة فيه عشرة دراهم وثوبًا بعشرين درهماً، فنقده عشرة دراهم، وقال نصفها من القلب، ونصفها من ثمن الثوب ثم تفارقا، وقد قبض الثوب والقلب انتقض البيع في نصف القلب. ولو قال هي من شئهما جميعاً، فإنه يكون من ثمن القلب خاصة، ويجوز العقد.

والفرق أنه إذا قال هو من شئها فهو تفسير موجب للعقد، لأن العقد يقتضي أن يكون المقبوض منهما جميعاً وتفسير موجب العقد لا يغير حكمه، فصار وجود هذا القول وعدمه سواء. ولو أطلق ولم يقل من شئهما كان من ثمن القلب، لأن قبض حصة القلب يستحق في المجلس، فانصرف المقبوض إليه، كذلك هذا.

وليس كذلك إذا قال: نصفها من ثمن القلب، لأن هذا ليس بتفسير موجب للعقد لا يقتضي أن يكون نصفه بإزاء نصف ذلك، وإنما يقتضي أن يكون الثمن مقسوماً عليهما على قدر قيمتهما، وإذا لم يكن تفسيراً موجباً للعقد لم يبطل تفصيله فانهقد العقد بتفسيره فصار نصفه من ثمن الثوب ونصفه من ثمن القلب فإذا افترقا فقد افترقا قبل قبض ثمن القلب، فبطل العقد وجاز فيما قبض.

٥٣٦- وإذا باع سيفاً ونقد بعض الثمن، فقال: نصف هذا الثمن من ثمن الحلية ونصفه من ثمن السيف وتفرقا لم يفسد العقد.

ولا يشبه هذا ما مضى من القلب والثوب، إذ قال نصفها من ثمن القلب ونصفها من ثمن الثوب إن العقد يبطل في نصف القلب.

والفرق أن القلب والثوب عيناان ينفصلان، ويمكن إفراد كل واحد منهما بالعقد، فإذا جاز أن ينفصلا في العقد جاز أن ينفصلا في القضاء وإذا انفصل بينهما في القضاء فقد قضى نصف ثمن القلب، ولم يقبض النصف، فبطل العقد في النصف، وجاز في النصف. وليس كذلك في السيف والحلية، لأنهما لا ينفصلان في العقد ألا ترى أنه لو أفرد أحدهما بالعقد لا يجوز، وإذا لم ينفصلا في العقد لم ينفصلا في القضاء، فلم يتعقد ذلك بتفسير، فصار كأنه أطلق وقال هو من شئهما جميعاً، ولو قال ذلك كان جميع المقبوض من ثمن الحلية، كذلك هذا.

٥٣٧- إذا باع دراهم بدنانيير لم يثبت لواحد منهما خيار الرؤية. ولو باع حنطة بشعير يثبت لواحد منهما خيار الرؤية.

والفرق أن الدراهم والدنانير لا يتعينان في العقد وإن عينا، فلو أنشأ له خيار الرؤية لرجع بمثله، فلا يستدرك بالرد بدلا، فلا فائدة في الرد.

والحنطة والشعير يتعينان في العقد إذا عينا فلو قلنا ثبت في البيع خيار الرؤية لا يستدرك بالرد بدلا، لأنه يرجع فيما يباذله لا بمثله، فله في الرد فائدة، فجاز له أن يرد.

لهذا المعنى ثبت في البيع خيار الرؤية، ولا يثبت في المهر لأنه يرجع بقيمة المهر، والعين أعدل منها، فلا يستدرك بالرد بدلا، كذلك هذا.

٥٣٨- ابن ساعدة عن محمد في نوادره: إذا اشترى سيفاً محلي بمائة، وحليته خمسون درهماً، وتقابضا وتفرقا، ثم زاده ديناراً جاز، وكانت الزيادة بإزاء النصل والحفن. ولو اشترى سيفاً محلي بمائة، وحليته خمسون درهماً، ثم باعه مرابحة بعشرة دراهم، أو بده يازده فالبيع باطل، ولا يجعل الربح بإزاء الحفن، ليصح العقد.

الفرق أن الزيادة تلحق العقد، فيصير كالموجود وقت العقد، ولو باعه السيف المحلى ابتداء بالنصل والزيادة جاز، كذلك إذا لحق الزيادة به.

وليس كذلك بيع المرابحة لأنه أوجب الزيادة مرابحة على جميع العقد الأول، فلو ألحقنا الربح بالسيف وحده لصار بعض العقد مرابحة، وبعضه تولية، فلم يجز، لأنه لم يشرع في التولية، فاستحال إلزامها.

٥٣٩- إذا اشترى دراهم بدنانير، وقبض الدنانير فباعها من آخر، ودفعها إليه، ثم إن الآخر وجد بها عيباً فردها على الأوسط بغير قضاء وقبله، فللأوسط أن يرد على الأول. ولو كان مكان الدنانير عروضاً فقبله بغير قضاء لم يكن له أن يرده.

والفرق أن الدنانير لا تتعين في العقد، وإنما يقع العقد على مثلها في الذمة، ثم يصير المقبوض قضاء عما في الذمة، بدليل أنه لو ردها بعيب في المجلس لا ينفسخ الصرف بينهما، وإذا لم يملك العوض بالعقد، وإنما ملك بالقبض، فإذا رد انفسخ القبض بالرد فعادت إلى الملك الأول، فكان لمن عادت إليه أن يردها.

وليس كذلك العروض لأنها تتعين في العقد، فيملك عينا بالعقد، فإذا ردها بغير قضاء وقع ابتداء تملك بينهما على التراضي، فبقي العقد المانع من الرد، فلم يكن له حق الرد، ولهذا المعنى قالوا إنه لا يرد العروض بالعيب إلا بقضاء أو برضا، وترد الدراهم والدنانير بالعيب بغير قضاء ولا رضا. والله أعلم.

«كتاب الشفعة»

٥٤٠- إذا كان للدار شفيعان فسلم أحدهما الشفعة لم يكن للآخر إلا أن يأخذها كلها أو يدعها. ولو أن عبداً قتل رجلين فعفا أولياء أحدهما حيث لا يكون لأولياء الآخر إلا نصف الرقبة^(١).

والفرق أن العبد وجب لهما على سبيل البدل عن دم المقتولين، بدليل أن عبداً لو قتل رجلاً وامراً وعبداً، ضرب كل واحد في رقبته بقدر دينه، فصارت الرقبة مستحقة على وجه العوض عن حقه، وما يملك على وجه العوض عن مال لا يملكه اثنان كل واحد بكماله، كما لو اشتريا عبداً لا يملك كل واحد جميعه، فلم يثبت حق كل واحد في الجميع، وإنما ثبت في نصفه، فإذا سلم أحدهما حقه وأسقط بقي حق الآخر في نصفه.

وأما في الشفعة فلا يأخذ الدار بدلاً عن حق له، وإنما الشفعة بسبب يستحقها الحق، فأشبهت البنوة والأخوة، ثم كل ابن يستحق جميع الميراث، ويرد إلى النصف للمراحم، كذلك هذا، والدليل عليه دم العمد لما لم يوجب قتل العمد أخذ الرقبة على طريق العوض، لأنه لا يوجب المال، فإذا عفا أحدهما عن الدم كان للآخر ألا يقتله بخلاف الخطأ، كذلك هذا.

٥٤١- إذا كانت الدار في يد المشتري وقال البائع: بعثا إياه بألف واستوفيت الثمن وهو ألف درهم، وقال المشتري: اشتريتها بألفي درهم ونقدته الثمن، لم يأخذها الشفيع إلا بألف. ولو قال بعثا إياه واستوفيت الثمن وهو ألف درهم، وقال المشتري اشتريتها بألفي درهم فالقول قول المشتري، ويأخذها الشفيع بألفي درهم.

والفرق أن في المسألة الأولى إذا قال بعثا بألف واستوفيت، فقد بين مقدار الثمن قبل الاستيفاء، وقبل الاستيفاء القول قول البائع في مقدار الثمن، فقد بين الثمن في وقت يرجع في بيانه إلى قوله فقبل قوله فيه صار الثمن ألف درهم، فأخذها الشفيع بها.

وفي المسألة الثانية إذا قال: بعث واستوفيت الثمن وهو ألف، فقد بين مقدار الثمن بعد الإقرار بالاستيفاء، وبعد الاستيفاء لا يرجع في بيان مقدار الثمن إلى قول البائع، فقد بين الثمن في وقت لا يرجع بيانه إلى قوله فاستوى وجود قوله وعدمه، لو لم يقل هو شيئاً، وقال المشتري: اشتريتها بألفين، فالقول قوله، كذلك هذا.

٥٤٢- المشتري إذا باع الدار من آخر للشفيع أن يأخذها بالثمن الأول، وينقض

(١) انظر البحر الرائق (٨/٢٥٣).

والموهوب له إذا باع الموهوب من آخر لم يكن للمواهب نقض البيع للرجوع منه، وكذلك المشتري شراء فاسدًا إذا باع بعد القبض فإنه لا يكون للبائع نقض بيعه. والفرق أن البائع بيعًا فاسدًا أو الواهب سلط المشتري والموهوب له في التصرف، فتصرفهما وقع بتسليطه وإذنه، فلم يكن لهما نقضه، كما لو باع بيعًا صحيحًا. وفي الشفعة لم يتصرف بتسليط الشفيع وأمره، وحق الشفيع متقدم على حقه، فإذا باعه فقد عقد على حقه فصار كما لو عقد على ملكه، ولو عقد على ملكه كان له إبطاله، مثل إن استحقه، كذلك إذا عقد على حقه كان له أخذه وإبطال تصرفه. ٥٤٣- وإذا بلغ الشفيع شراء نصف الدار فسلم الشفعة، ثم تبين له أنه اشترى جميعها كان له الشفعة^(١). ولو بلغه شراء كل الدار فسلم الشفعة، ثم علم أنه اشترى النصف كان تسليمه جائزًا.

والفرق أن التبعض في الدار الواحدة عيب بدليل أنه لو اشترى دارًا فاستحق نصفها، فله أن يرد الباقي ويقل رغائب الناس فيه، فقد سلم مع العيب فلا يكون تسليمًا مع عدم العيب، كما لو أخبر بالثمن ألف، ثم تبين أن الثمن أقل من ذلك فله الشفعة. وليس كذلك إذا أخبر بشراء الكل فسلم، لأن التبعض عيب كما ذكرنا، فقد سلم مع عدم العيب، فكان تسليمًا مع وجوده، كما لو أخبر بأن الثمن ألف فسلم، ثم تبين أن الثمن ألفان لم يكن له الشفعة، كذا هذا، ولأن النصف داخل في الجملة، فتسليمه الجميع تسليم لهذا النصف الذي بيع، وليس الأول، لأن العقد على النصف لا يتناول العقد على الجميع، فلا يكون بتسليم النصف تسليم للجميع.

٥٤٤- إذا اشترى دارًا فغرق بناؤها وانهدم، لم يكن للشفيع أن يأخذ الأرض إلا بجميع الثمن^(٢). ولو غرق بعض الأرض أخذ الباقي بحصته من الثمن. والفرق أن البناء صفقة للدار، بدليل أنه يدخل في البيع تبعًا لمطلق العقد على الدار، وفوت الصفقة في المبيع يوجب خيارًا، ولا يوجب غرمًا، كالمبيع في يد البائع. وأما بعض الأرض فليس يتبع للبعض ولا هو صفقة له، وإنما هو جزء من أجزاء المبيع، وفوت نصف المبيع يوجب سقوط ما يباذله من الثمن، كما لو اشترى عبيدين

(١) انظر المبسوط للسرخسي (١١١/١٤).

(٢) انظر المبسوط (١١١/١٤).

فقات أحدهما في يد البائع، وإذا فات بعض الثمن أخذه بالباقي.
 ٥٤٥- ليس للوكيل بالبيع أن يأخذ ما باعه بالشفعة لنفسه.
 وللوكيل بالشراء أن يأخذ ما اشتراه لنفسه بالشفعة.
 والفرق أن الوكيل بالبيع التزم سلامة المبيع للمشتري، فإذا أراد أن يأخذ بالشفعة فهو يناقض ما أوجبه بعقده، فلم يكن له ذلك.
 وليس كذلك الوكيل بالشراء، لأنه بالعقد استوجب الحق لنفسه وبالأخذ بالشفعة يملكه، ويستوجبه أيضاً، فلم يناقض ما أوجبه فجاز له أن يأخذه به، ولهذا قلنا إن للمشتري أن يأخذ ما اشترى بالشفعة، وليس للبائع أن يأخذ ما باع بالشفعة.
 ٥٤٦- إذا باع المولى داراً وعبد المديون شفيعها، فشهد ابن المولى أن العبد سلم الشفعة للمشتري، والدار في يد المشتري، فشهادتهما جائزة. ولو أن البائعين للدار شهدا بأن الشفيع سلم الشفعة للمشتري، فشهادتهما باطلة، ولا تقبل، لأنه يتمم ما أوجب للمشتري بعقد، وتقبل شهادة ابني البائع وإن كان يتم ما أوجبه أبوه.
 والفرق أن البائعين إذا شهدا على تسليم الشفعة للمشتري فهما يصححان فعل أنفسهما فلا تقبل شهادتهما، وإن لم يكن لهما نفع فيه كما لو شهدا بالبيع على المشتري وهو ينكر لم تقبل شهادتهما، لأنهما يحكيان فعل أنفسهما.
 وليس كذلك الإتيان، لأنهما لا يتممان فعل أنفسهما، وإنما تبطل شهادتهما للثمة عند جر النفع إلى أبيهما، ولا يقع لأبيهما نفع في تسليم للمشتري، فخلت الشهادة من جرّ نفع إلى أبيهما، وعن حكاية فعل أنفسهما، فقبلت شهادتهما كالأجانب.
 ولأن البائع كان خصماً فيه قبل التسليم، فصار شاهداً على ما كان خصماً فيه، فلم يقبل، وإن خرج من الخصومة كالوكيل إذا عزل ثم شهد، والابن لم يكن خصماً فيه قط ولا منفعة للأب فيه، فجاز أن تقبل شهادته.
 ٥٤٧- إذا قال قد أوصيت بداري بيعاً لفلان بألف درهم فمات الموصي، فقال فلان قد قبلت فالبيع لازم، وللشفيع الشفعة^(١). ولو قال بعث هذه الدار من فلان، فقال بعد المجلس قد قبلت لا يصح البيع، ولا تجب للشفيع الشفعة.
 وحكي عن الشيخ أبي بكر الحصاص أنه قال: يحتاج إلى بيع جديد من جهة الوارث أو الوصي، فالمسألة محمولة على هذا.

(١) انظر المبسوط (١٤١/١٤).

وكان القاضي الإمام رحمه الله يفرق بينهما ويقول: إنه جعل البيع تبعاً للوصية وجعله ضمنها، وأضافه للوصي إلى ما بعد الموت، وأضافه الوصية إلى ما بعد الموت جائز، وجعل كالموجب له في تلك الحالة، كذلك ما هو في ضمنه، ويجوز أن يدخل الشيء في ضمن عقد تبعاً له، وإن كان لا يجوز أن يفرد بنفسه كما لو قلنا في ضمان المجهول، إنه يدخل في عقد المفاوضة تبعاً، وكذلك هذا، فإذا قيل بعد الموت فقد ملك الدار بعوض، فوجب للشفيع الشفعة، وإن كان العقد الذي أوجب له الدار عقد تبرع، كما لو وهب بشرط العوض.

وليس كذلك إذا أوجب له الدار فتفرقا عن المجلس، ثم قيل، لأنه لم يجعل تبعاً لغيره ولم يتعلق بما يبقى حكمه بعد المجلس، فيبطل بالتفريق، وصار يقبل بعد بطلانه، فلم يتعلق به حكم، ولا يجب للشفيع الشفعة.

٥٤٨- إذا اشترى المضارب بألف المضاربة دارين تساوي كل واحدة ألفاً فبيعت دار إلى جنب أحدهما فلا شفعة للمضارب نفسه فيها. ولو اشترى داراً واحدة بألف المضاربة تساوي ألفي درهم فللمضارب أن يأخذ ما يبيع بجانبها بالعقد لنفسه.

والفرق أنه إذا اشترى دارين كل واحدة منهما تساوي ألفاً فلم يملك شيئاً في الدارين، لأنه لم يظهر الربح إذ كل واحد من الدارين مشغولة بجميع رأس المال ويجوز أن يشغل الألف الواحد من المحلين أكثر من مقداره، والدليل عليه أنه لو كان لرجل على رجل ألف درهم وكفل به كفيل، فلا زكاة على الكفيل في مقدار الألف درهم ولا على المكفول عنه، والألف ألف واحد وشغل المحلين من واحد إلغاء، كذلك ههنا صارت كل دار مشغولة برأس المال، فلم يظهر الربح فلا يملك المضارب فيهما الشفعة.

وليس كذلك الدار الواحدة، لأن المحل واحد، فلا يشتغل المال الواحد في محل واحد أكثر من مقداره، صار الألف مشغولاً برأس المال، وظهر ألف ربح ملك المضارب نصفه، فصار جائزاً، فوجبت الشفعة.

٥٤٩- إذا طلب وكيل الشفيع الشفعة، فقال المشتري: إن الشفيع قد سلم الشفعة، وأراد يمينه فإنه يقال له: سلم الدار إلى الوكيل، ثم انطلق واطلب يمين الشفيع، وكذلك الوكيل بطلب الدين وقبضه إذا طلب المال من الغريم، قال الغريم: إن الموكل أمرني وقبض الدين مني، وأراد يمينه فإنه يقال له: سلم المال إلى الوكيل ثم انطلق واطلب يمين الموكل. ولو أن الوكيل بالرد بالعيب أراد أن يرد الدار على البائع بالعيب فقال البائع: إن المشتري وهو موكلك قد رضي بالعيب، فلا أقبل حتى يحلف، فإنه لا يقضي له بالرد حتى

يحضر الموكل ويحلف، ثم يرد عليه.
والفرق أن سبب وجوب تسليم الدار إلى الوكيل بطلب الشفعة قد وجد وهو عقد البيع، وإنما يبطل ذلك بالتسليم، ولم يعلم التسليم، فقد وجب حق القبض للشفيع حالا، ووجب له حق الحلف على الموكل مؤجلا، وهو بعد قدرته. فلا يبطل حقه المعجل لحقه المؤجل، كما لو كان له على إنسان دين مؤجل وله عليه دين معجل لم يبطل حقه المعجل بالمؤجل، كذلك هذا، وكذلك سبب وجوب تسليم الدين قد ظهر وهو كون الدين عليه، وإنما يسقط بمعنى آخر، ولم يعلم كما بينا.

وليس كذلك في الرد بالعيب، لأن سبب وجوب الرد عليه كونه جاهلا بالعيب وقت الشراء ولم يعلم، فسبب وجوب الرد لم يظهر فما لم يثبت لم يكن له المطالبة بالرد كالدين المؤجل ما لم يحل لا يكون للوكيل حق في القبض، كذلك هذا.

٥٥٠- وإذا كان الدرب غير نافذ وفي أقصاه مسجد حطة، باب المسجد في الدرب في ظهر المسجد، وجانبه الآخر إلى الطريق الأعظم، فباع رجل من أهل الدرب داره، فلا شفعة لأهل الدرب إلا لمن يجاورها بالجدار، لأن المسجد بمنزلة الطريق النافذ. ولو كان حول المسجد دور تحول بينه وبين الطريق الأعظم، كان لأهل الدرب الشفعة بالشركة، لأن المسجد الآن ليس بطريق نافذ.

والفرق أنه لما اختط الإمام تلك البقعة مسجداً لم يبق لأحد فيه ملك، فجعل كأنه ترك المحل فضاء، ولو ترك ذلك المحل فضاء كان شارعاً، فلا يجب لهم الشفعة بالشركة في الطريق، كذلك هذا.

وليس كذلك إذا كان حوله دور لأنه لما كان حوله دور صار كما لو ترك الإمام تلك البقعة فضاء وحوله دور، فلا يكون شارعاً، فوجب لهم الشفعة بالشركة في الطريق، وكذلك لو كان ذلك الموضع ملكاً ثم اختطه فإنه يجب لهم الشفعة لأنه حيث كان ملكاً وجبت لهم الشفعة بالشركة في الطريق، فإذا أعاد ذلك الرجل تلك البقعة مسجداً لم تبطل شركتهم، فكان لهم أن يأخذوها بالشفعة بالشركة في الطريق.

٥٥١- إذا ادعى رجل على رجل حقاً فصالحه على دار بعد الإقرار والإنكار، ثم تصادقا على أنه لم يكن عليه حق، فإنه يرد الدار على المصالح، وللشفيع الشفعة فيها. ولو اشترى داراً منه بحق يدعيه عليه وأقر له به، ثم تصادقا على أنه لم يكن له عليه شيء لم يجب رد الدار عليه، ويجب عليه تسليم الثمن وللشفيع الشفعة.

والفرق أن عقد الصلح ليس بعقد ضمان، بدليل أنه لو صالح من ألف على

خمسائة جاز. فلم ينعقد العقد بمضمون في الذمة، وإنما انعقد بما له عليه، فإذا تصادفا أنه لم يكن له عليه شيء لم يضر قصاصاً بما له عليه، فلم يحز الصلح، وإذا لم يحز وجب رد الدار إليه.

وليس كذلك إذا باعه بالدار لأن البيع عقد ضمان، بدليل أنه لو باع ألفاً بخمسمائة لا يجوز، فانهقد بمضمون في الذمة، ثم يصير قصاصاً بما له عليه فإذا تصادفا أنه لم يكن له عليه شيء ولم يضر قصاصاً فبقي عقد شراء بمضمون في ذمة المشتري، فلزمه تسليم الثمن، إلا أن تصادقهما في الموضوعين يجوز في حقهما، ولا يجوز في حق الشفع، فلم يبطل حق الشفع، وله الأخذ بالشفعة.

٥٥٢- إذا صالح من الشفعة على مال لا يجب شيء، وبطلت الشفعة. ولو صالح من الكفالة بالنفس على مال لم تبطل الكفالة ولا يجب المال في إحدى الروايتين. والفرق أنه لما صالح من الشفعة على مال فقد أثر غير الشفعة على الشفعة، فكان تسليمًا للشفعة كما لو طلب من المشتري أن يبيعه منه أو يهبه.

وأما في باب الكفالة فقد أثر غير الكفالة على الكفالة، وإثبات غير الكفالة لا يبطل الكفالة، كما لو طلب من الذي عليه الأصل أن يعطيه كفيلاً آخر، أو يبيع بدينه شيئاً.

٥٥٣- إذا اشترى داراً ولها شفعان فحضر أحدهما فصالح المشتري على أن يأخذ منه نصف الدار ويسلم له النصف، ثم حضر الشفع الآخر فله أن يأخذ الباقي، فيسلم أو يأخذ نصف ما في يد الآخر، ويصير أخذه نصف الدار شراءً جديداً، وصار مسلماً للشفعة في الجميع^(١). ولو أخذ أحد الشفعين جميع الدار ثم جاء الشفع الآخر فله أن يأخذ نصف الدار من يده، ولا تبطل شفعة الأول ولا الثاني.

والفرق أن تبعض المبيع على المشتري ليس من موجب الأخذ بالشفعة، بدليل أنه ليس للشفيع تبعض المبيع على المشتري، وإنما له أن يأخذ الجميع أو يسلم الجميع فلم يكن أخذه للنصف أخذاً على الشفعة، فصار ابتداء عقد جرى بينهما، فكان أحد الشفعين اشترى نصف الدار التي وجبت له الشفعة فيها فبطلت شفעתه وهو شفع لما اشترى فله أن يمسل نصفه، وللشفيع الغائب نصفه، والنصف الذي في يد المشتري صار الأول مسلماً للشفعة فأخذه الثاني.

وأما إذا أخذ أحد الشفعاء الجميع، ثم أخذه الثاني منه فالتبعض على الشفع من

(١) انظر المبسوط (١٦٢/٢٧).

موجب الأخذ بالشفعة، بدليل أنه ليس لأحد الشفيعين أن يأخذ جميع الدار، وإنما له أن يأخذ النصف، وإذا كان التبعض من موجب الأخذ بالشفعة كان أخذه نصف الدار أخذاً على الشفعة، ولم يجعل ابتداء عقدًا، فلم يصر مسلمًا الشفعة فكان لأحدهما النصف، وللآخر النصف.

٥٥٤- إذا باع نصف الدار من رجل فجاء جار الدار فأخذها بالشفعة، ثم قاسم شريكه في الدار ثم حضر شفيع بطريق، لم يكن له أن ينقض قسمته^(١). ولو أن دارًا بيعت ولها شفيعان فأخذها بالشفعة وافتسماها بينهما ثم جاء الشفيع الثالث، كان للثالث أن ينقض القسمة.

والفرق أن القسمة في المسألة الأولى من موجب العقد، بدليل أن للمشتري أن يطالب البائع بالقسمة، ولأنه تعين المبيع، وتعين المبيع حق العقد، وما كان من موجب العقد فتولاه المشتري لم يكن للشفيع نقضه، كما قلنا في تسليم الثمن وقبض المشتري وغيره. وليس كذلك قسمة الشفيعين، لأن تلك القسمة ليست من موجب العقد، لأنها لم يتعاقدا عقدًا وإنما هي من موجب ملكهما، وما لا يكون من موجب البيع فإذا تولاه المشتري كان للبائع نقضه كبيع آخر.

وفرق آخر أن في المسألة الأولى من حيث تنقض القسمة نعيدها، لأنه يجوز أن يقسم ثانيًا فتقع تلك القطعة في حصته، والشيء إذا كان من حيث ينقض يعاد فلا فائدة في نقضه.

وليس كذلك في الشفيعين لأننا من حيث تنقض تلك القسمة لا نعيدها لأننا نحتاج أن نفرق على ثلاثة، فلا نعيد تلك القسمة فكان في نقضها فائدة فجاز أن ينقض. وفرق آخر أنا من حيث تنقض القسمة في المسألة الأولى، لا نلحق ضررًا بالشفيع لأن له أن يأخذ جميع حقه في محل آخر، فجاز أن لا ينقض.

وليس كذلك في المسألة الأخرى، لأن ترك نقض القسمة يؤدي إلى إلحاق ضرر بالشفيع، لأنه لا يقدر على أن يأخذ حقه في محل آخر فتفرق الصفقة عليه، وإن كان في ترك القسمة إلحاق ضرر به جاز ألا يترك القسمة وتنقض كيلا يؤدي إلى الضرر.

٥٥٥- إذا باع دارًا بثلاثة آلاف وهي قيمتها، ووارث البائع شفيعها فأخذها بالشفعة، ثم مرض البائع فحط عن المشتري من الثمن ألف درهم، ثم مات، ولا مال له

(١) انظر بدائع الصنائع (٦/١٢٢).

غير الثمن، فالخط باطل عن المشتري. ولو أن المشتري ولي البيع وارث البائع، أو باعها مرابحة منه، ثم حط البائع في مرضه ألفاً عن المشتري جاز حظه.

والفرق أن الشفيع يأخذه بإيجاب البائع، بدليل أن البائع لو أقر بالبيع وأنكره المشتري كان للشفيع أن يأخذ الدار بالشفعة، وبدليل أن للشفيع أن يأخذه من يد البائع فدل أن الشفيع يأخذه بإيجاب البائع فصار أخذ الشفيع من جهة البائع، وحظه ينحق عقده فكان البائع أوجه لوارثه، فكانت وصية للوارث، فلا يجوز.

وليس كذلك التولية والمرابحة لأن الذي ولاه المشتري لا يأخذه بإيجاب البائع، بدليل أنه لو أراد أن يأخذه من يد البائع لم يكن له ذلك وإنما يأخذه بإيجاب المشتري ابتداءً، والبالغ بالخط أوجب الحق للمشتري ثم إن المشتري أوجب المrabحة والمولى ابتداءً فلم يكن موجباً للحق لوارثه، فلم يكن وصية للوارث، فجاز حظه.

٥٥٦- وإذا سلم الشفيع الشفعة بعد البيع وهو لا يعلم بالبيع فتسليمه جائز. ولو سارم الشفيع المشتري وهو لا يعلم بالشراء لم تبطل شفيعته.

والفرق بينهما أن تسليم الشفعة صريحاً إسقاط الحق فيستوي فيه العلم والجهل، كالطلاق والعاق والبراءة من العيب.

وليس كذلك المساومة، لأنها ليست بصريح في إبطال الشفعة، وإنما يستدل بها على الأعراض، وإذا لم يكن عالمًا بالبيع لم يكن له أن يجعل دليل الأعراض فلم تبطل شفيعته.

٥٥٧- إذا اشترى داراً بعبد، ثم إن الشفيع أخذ الدار من المشتري بقيمة العبد، ثم مات العبد قبل أن يقبضه البائع، فإن تلك القيمة للبائع، ولا يكون على المشتري قيمة الدار. ولو اشترى داراً بحنطة بعينها وقبض الدار ثم ولي المشتري البيع رجلاً آخر وقبض الثمن، ثم تلفت الحنطة قبل التسليم، فإن البائع لا يأخذ من المشتري ذلك الثمن، ذلك الذي أخذه من الشفيع، وإنما يكون له على المشتري قيمة الدار.

والفرق أن الشفيع يأخذه بإيجاب البائع، بدليل أنه يأخذه من يد البائع، وبدليل ما بينا قبل هذا، وإذا كان يأخذه بإيجابه فقد وجد الرضا من البائع بتعليك المشتري إياه بذلك الثمن الذي أخذه الشفيع به، فكان له أن يأخذ ذلك منه لا غير كما لو وكل وكيلًا ببيع داره فباعها وأخذ الثمن فللموكل أن يأخذ منه الثمن لا غير، كذلك هذا.

وليس كذلك في باب البيع، لأن المولى له البيع لا يأخذه بإيجاب البائع، وإنما يأخذه بإيجاب المشتري، بدليل ما بينا قبل هذا، فلم يوجب البائع بتعليك المشتري إياه

ذلك الثمن، فلم يلزمه، فيجب عليه ما رضي به شئاً، وهو الحنطة، لأنه وجب عليه تسليم الحنطة، وعجز عن التسليم، فوجب أن يرد ما بإزارته، وهو الدار المبيعة، ولا يقدر، لأخذ الشفيع إياها، فغرم قيمتها كالعاصب.

٥٥٨- إذا أخبر الشفيع بأن الثمن كر حنطة فسلم الشفيع، ثم تبين أن الثمن كر شعير قيمته مثل قيمة الحنطة، أو أقل أو أكثر، فهو على شفيعته. ولو أخبر بأن الثمن ألف درهم فسلم، ثم تبين أن الثمن مائة دينار وقيمته ألف درهم فلا شفعة له. ولو أخبر بأن الثمن عبد أو ثياب قيمتها ألف درهم فسلم الشفيع، فإذا الثمن دراهم أو دنانير، قال في الأصل: فهو على شفيعته، قال القاضي الإمام رحمة الله عليه: هذه المسألة محمولة على أن الثمن دراهم أو دنانير أقل من قيمة العبد أو الثياب.

والفرق بينهما أن الحنطة له مثل جنسها للشفيع أن يأخذ بمثلها فإذا علم أن الثمن حنطة فسلم به، ثم تبين أنه شعير فلم يسلم الشفيع بما وجب له حق الأخذ به، لأن الرغائب تختلف باختلاف الأجناس كما يختلف باختلاف الثمن مقدار الثمن، لأنه ربما يكون عنده جنس فرغب في أخذ الدار، ولا يرغب في أخذها لعدم جنس الثمن عنده، فصار كما لو أخبر بأن الثمن ألف فسلم، ثم تبين أن الثمن خمسمائة، فهو على شفيعته كذلك هذا.

وإذا أخبر بأن الثمن دراهم، ثم تبين أن الثمن دنانير فهما في الحكم كالجنس الواحد، لأنهما ثمن الأشياء وقيم المتلفات، ويسهل نقل كل واحد إلى صاحبه فجعلنا كأنهما جنس واحد وقد سلم فيما وجب له حق الأخذ به فبطلت شفيعته.

وأما إذا أخبر بأن الثمن عبد فإن المشتري يأخذه منه بقيمة العبد فإذا كان ما أخبر به من الثمن مثل قيمته، فقد سلم له الشفعة بما وجب له حق الأخذ به فبطلت شفيعته، وإن كانت القيمة أقل فلم يسلم الشفعة بما وجب له حق الأخذ به، فبقيت شفيعته، كما لو أخبر بأن الثمن ألف فسلم، ثم تبين أن الثمن خمسمائة.

٥٥٩- إذا اختلف الشفيع والمشتري في الثمن فالقول قول المشتري ولا يتحالفان. ولو اختلف الوكيل والموكل في الثمن يحلفان.

والفرق أن الشفيع لم يملكه بعقد من جهة المشتري، ولا من جهة غيره، لأنه في ملك المشتري بعد، والتحالف لدفع ملك حاصل بالعقد اختلفا في بدله كالبيع، ولم يوجد فلا يتحالفان.

وليس كذلك الوكيل والسوكل لأن الملك قد حصل للآخر بعقد الوكيل، واختلفا في بدله، فجاز أن يتحالفا لرفع ذلك الملك، كالمشتري والبايع.

«كتاب القسمة»

٥٦٠- إذا حضر اثنان من الورثة، وأقاما البينة على أن هذه الأرض ميراث لنا ولفلان الغائب، فإن القاضي يقسمها بينهما، ويعزل نصيب الغائب، ويوكل وكيلًا لحفظه. ولو ادعى شراء أو ملكًا مطلقًا، وأقاما البينة، ولهما شريك ثالث، فإن القاضي لا يقسمها بينهما.

والفرق أن التركة مبقاة على ملك الميت، بدليل أنه يقضى منها ديونه، وتنفذ منها وصاياه، وللقاضي ولاية على مال الميت، فله أن يثبت عنه الخصم، ويقضي عليه، ألا ترى أن رجلاً لو أقام بينة على أحد الورثة بدين على الميت نقد قضاؤه على جميع الورثة؛ كذلك هذا، فإذا سمع البينة منهما فقد جعل الحاضرين خصمًا عن الغائب، فصار كما لو كان هو حاضرًا فصحت القسمة عليه.

وليس كذلك إذا ادعى الشراء، لأنه ليس للقاضي ولاية على الغائب، ولا على الحاضرين، فلم يكن له أن يثبت عن الغائب خصمًا، فلو قسم لكائن قسمته من غير خصم، فيكون قضاء على الغائب، وهذا لا يجوز.

٥٦١- فإن حضر واحد من الورثة، وليس في الورثة إلا صغير ووارث كبير غائب، فأقام الواحد الحاضر البينة، فإن القاضي لا يقسم بينته حتى يحضر الغائب^(١).

وإن حضر اثنان، وأقاما البينة، والثالث غائب قسمها بينهما، ويعود قسمه على الغائب، وإن كان في الورثة حاضر كبير ووارث صغير فللقاضي أن ينصب للصغير قيمًا وقسمها بينهما.

والفرق بينهما أن من أصل أبي حنيفة رحمة الله عليه: أن العقار لا يقسم إلا بينة على ميراث عن الميت، والبينة لا تقبل إلا بخصم وإنكار، فإذا حضر واحد لم يوجد شرط قبول البينة، فلا يقسم، وعندهما يقسم بغير البينة، إلا أن في القسمة معنى المناقلة فيها، فصار كالبيع، والبيع يتم باثنين، ولا يتم بواحد كذلك القسمة.

وأما إذا حضر اثنان فقد وجد شرط سماع البينة من حضور المدعي والمدعى عليه، فسمعت البينة ووجد موجب وقابل للإيجاب فيتم العقد بهما، وأما إذا كان في الورثة صغير فللقاضي ولاية على الصغير فله أن يثبت عنه، فينصب خصمًا فيكون قضاء على خصم، فكأنهما كبيران حضرا وأقاما بينة فقبلت.

(١) انظر المبسوط للسرخسي (١٥٢/٢٠).

٥٦٢- إذا كان بيت بين رجلين كان نصيب أحدهما قليلا ينتفع به فطلب صاحب الأكثر القسمة قسمة القاضي بينهما، وإن كان فيه ضرر على صاحب الأقل. ولو أن طريقاً بين رجلين ونصيب أحدهما لا يمكنه أن يستطرقة وحده فطلب صاحب الأكثر القسمة فإن القاضي لا يقسمه بينهما.

والفرق أن صاحب الأقل في البيت ليس له حق الانتفاع، لأن نصيبه وحده لا يمكن أن ينتفع به، فلو بقيت الشركة بينهما لبقيناه ينتفع صاحب الأقل بملك صاحب الأكثر، وهذا لا يجوز.

وليس كذلك الطريق لأن نصيبه منتفع به لجواز أن يثبت له حق الاستطراق بحق سير، ألا ترى أنه يجوز أن يثبت له حق الاستطراق من غير ملك له ويستطرق ملك غيره على التأييد، فلأن يجوز ثبوته مع ملك حق الأرض أولى وأحق، وإذا ثبت له حق الاستطراق بنصيبه القليل فإذا قسم لا يمكنه الاستطراق فيحصل إليه حقه من الأرض ويفوت عليه حق الاستطراق، وتقويت حق الاستطراق عليه لا يجوز، فلم تجز قسمته.

٥٦٣- إذا وقع حائط بين قسمين، وذلك الحائط لأحدهما وعليه جذوع لآخر، ولم يذكر في القسمة تركها ولا رفعها، فإنه لا يرفع الجذوع عن الحائط. ولو كان نصيب أحد القسمين مسيل ماء على سطح الآخر ويمكنه تحويله إلى موضع آخر، ولم يشترط شيئاً في أصل القسمة، أمر بتحويله، وإن لم يمكن تحويله، بطلت القسمة، واستأنفا قسمة أخرى.

والفرق أن القسمة تضمن سلامة ما هو سقف وجذوع لشريكه والجذوع يسمى جذعاً ما دام مبنياً عليه، فإذا نقض سمي خشباً، والسقف يسمى سقفاً ما دام مبنياً عليه فلو قلنا إن له نقضه، لم يسلم له ما تضمن سلامته له بالقسمة، وهذا لا يجوز.

وليس كذلك المسيل لأنه بالقسمة يضمن سلامة ما هو سقف له، والقسمة لتمييز الحقوق والأنصاء، وظاهر القسمة يوجب انقطاع حقه عما صار في يد شريكه، فلو قلنا إنه يصرف مسيله عن سطحه، يسلم له ما تضمن سلامته له وهو السطح، فجاز أن يؤمر به.

٥٦٤- إذا صب ماء في ملك نفسه فشب الماء فانهدم جدار جاره فلا ضمان عليه. ولو صب ماء على سطحه فسال من ميزابه وأصاب ثوب غيره ضمن^(١).

والفرق أن ابتداء الصب لا يوجب انهزام الجدار، لجواز أن لا يهدم، وسقوط الحائط بعد ذلك لا فعل له، فلم يهدم الحائط، ولو لم يفعل فعلاً موجباً للهدم لا يضمن.

(١) انظر حاشية ابن عابدين (٧٠/٦)، والدر المختار (٦٤/٦).

وليس كذلك صب الماء على الميزاب، لأن مسيله من الميزاب من مع حب منه لأنه لا يبقى كذلك، فصار نساد ثوبه من موجب فعله فضمن، كما لو فعل ذلك بيده.

«كتاب الإجازات»

٥٦٥- إذا استأجر داراً بكذا درهماً ولم يسم الذي يريد لها فهو حائز. وإنه استأجر أرضاً ولم يبين ما يزرع فيها لم يجز.

والفرق أن للناس عرفاً وعادة في كيفية الانتفاع بالدار، فإذا كانت حرة ربط بها الدواب، وإذا كانت مزخرفة يسكن فيها ولا يربط، فيصير تعيينه بالعرف كعينه بالشرط، ولو عين بالشرط جاز له أن يربط فيها الدواب، ويجوز الانتفاع بها، كذلك هذا الدليل أنه كان في البلد نقد واحد انصرف إليه عقده، ويصير تعيينه بالعرف كعينه بالشرط.

وليس كذلك الأرض لأنه ليس للناس عرف وعادة في كيفية الانتفاع بالأرض وفي زراعتها، وقد تزرع زرعاً يفسد الأرض، وتزرع زرعاً يصلحها، فإذا لم يعين فلم يتعين المنفعة لا بالعرف ولا بالشرط، فلم يكن له أن ينتفع بنوع إلا ولرب الأرض أن يقول انتفع بنوع آخر، فلا يصل إلى الانتفاع بها، فلم تجز الإجارة.

٥٦٦- إذا استأجر داراً سنة انعقد العقد على سنة عقيب العقد. ولو أوصى لإنسان بخدمة عبده سنة أو سكنى داره سنة، فإنه لا يتعين عقيب العقد، ولا عقيب الموت. والفرق أن من شرع في عقد فالظاهر أنه قصد تصحيحه وإبرامه، فلو قلنا: إنه لا يتعين عقيب العقد لصار مدة الإجارة مجهولة، والعقد على مدة مجهولة لا يجوز، فحمل على ما يصح العقد به وهو عقيب العقد.

وليس كذلك الوصية، لأننا لو لم نعينه عقيب العقد لبقى مدة الوصية مجهولة وجهالة المدة في الوصية لا تمنع صحة الوصية، كما لو أوصى له بخدمة عبد من عبده فإنه يجوز وإن كان مجهولاً، فخلافاً للإجارة، كذلك هذا.

٥٦٧- إذا استأجر داراً سنة، ولم يسلمها إليه حتى مضى شهر، ثم تحاكما لم يجز للمستأجر أن يمتنع من القبض في باقي السنة^(١). ولو اشترى عيدين، فمات أحدهما قبل القبض فله أن يمتنع من قبول الآخر.

والفرق أن في الإجارة أوجب انعقاد العقد تسليم المنافع دفعة واحدة، فصار افتراق التسليم من موجب العقد، وموجب العقد لا يوجب فسخ العقد، فلم يثبت له الخيار.

(١) انظر المبسوط (١٥/١٦٦)، والبدائع (٤/٢٧).

وليس كذلك المبيع، لأن العقد يوجب تسليم المبيع جملة واحدة بدليل أن للمشتري أن يطالبه بذلك، ويجبر عليه، فإذا لم يسلم جملة فلم يبق من موجب العقد، فافتقرت الصفقة عليه قبل تمامه، فحير فيه.

٥٦٨- إذا استأجر داراً وشرط على المستأجر إخراج ما يجدد المستأجر فيها من تراب ورماد وسر حين كان العقد والشرط جائزاً. ولو شرط عليه تفريغ بئر البالوعة ونزع ما يحصل فيها من الماء وغيره لم تصح الإجارة.

والفرق أن العادة جرت بأن المستأجر هو الذي يسكن الدار ويلقي الرماد ويمكنه الانتفاع بالدار دون إلقاء هذه الأشياء في الدار، فلم يكن إلقاءه في الدار انتفاعاً بها وإذا لم يكن انتفاعاً بها يكون شاغلاً لموضع السكنى، فكلف تفريغه كما لو شغله بمتاعه فصار تفريغه من موجب العقد، واشترط موجب العقد لا يبطل العقد كما لو شرط التسليم والمستلم.

وليس كذلك البالوعة لأنه لا يمكنه الانتفاع بالدار دون الصب في البالوعة فصار صبه انتفاعاً بالدار، ونوع سكنى وله الانتفاع، فلو كلفناه تفريغها لكلفناه نقص السكنى، والانتفاع بالدار، وهذا لا يجوز، فلم يكن تفريغه عليه، فإذا شرط ذلك فقد شرط في العقد ما يضاده فأبطله، كما لو شرط أن لا ينتفع بالدار.

٥٦٩- إذا استأجر ليرعى هذه الأغنام شهراً كان له أن يزيد فيها شيئاً استحساناً^(١). ولو دفع إليه أغناماً كثيرة معدودة على أن يرعاها شهراً بدرهم لم يكن له أن يزيد فيها.

والفرق بين المسألتين أن في المسألة الأولى العقد وقع على المدة، فلا يحتاج في جواز العقد إلى تعيين الغنم لأنه لو قال: استأجرتك شهراً على أن ترعى لي، ولم يقل هذه الأغنام جاز، فدل على أنه لا يحتاج في جواز العقد إلى ذكر الأغنام وتعيينها، فاستوى وجود تعيين الأغنام وعدمها، ولو لم يعين وقال استأجرتك شهراً لترعى لي فله أن يكلفه من الرعي ما يطيق، كذلك هذا.

وليس كذلك المسألة الثانية لأن العقد وقع على رعي تلك الأغنام لا على المدة، فلو قلنا إن له أن يزيد لأبطلنا تعيين الأغنام، وفي إبطاله إبطال العقد، لأنه لم يصف العقد لا إلى مدة ولا إلى عمل في عين، ولما لم يجوز إبطال العقد لم يجوز إبطال تعيينه، فانهقد

(١) انظر البحر الرائق (٣/٨، ٣٢).

العقد على حفظ تلك الأغنام بعينها فلا يجوز الزيادة فيها، كما لو استأجره ليحيط له بها لم يجر الزيادة، كذلك هذا.

٥٧٠- إذا استأجر قميصاً ليلسه أو ثوباً إلى الليل فاتزر به فهو ضامن إن تحرق، وإن سلم فعلية الأجرة^(١). ولو أعطاه غيره فلبسه ذلك اليوم فهو ضامن إن تحرق أو يصيبه شيء، وإن سلم لم يصيبه شيء فلا أجر عليه.

والفرق أن الاتزار من جنس المعقود عليه، لأنه نوع لبس، إلا أنه أضر بأثوب، فقد استوفى المعقود عليه، وزاد قصار كما لو استأجر دابة ليحمل عليها عشرة أمناء فحمل عليها أحد عشر لزمه الأجر في مقدار العشرة، ولا يلزمه في الزيادة، وإن كان مخالفاً، كذلك هذا.

وليس كذلك إذا دفعه إلى غيره حتى لبسه، لأن المعقود عليه لبسه بنفسه، وليس غيره مأذوناً فيه ولا معقوداً عليه، فصار استيفاء غيره المنفعة غير معقود عليه، فلا يستحق الأجر، كما لو استأجر دابة ليحمل عليها مائة من حنطة، فحمل غيره عليها مائة من حديداً ويصير غاصباً فاستحال أن يكون الغير غاصباً له ويلزمه الأجرة.

٥٧١- إذا استأجر دابة ليحمل عليها كذا كيلاً شعيراً، فحمل عليها مثل كيله حنطة، ضمن إن تلفت الدابة، ولا أجر عليه. ولو استأجرها ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة، فحمل عليها أحد عشر محتوماً وبلغ المكان ثم عطيت فعليه الأجر، ويضمن جزءاً من أحد عشر جزءاً.

والفرق أن وزن كيل من حنطة أثقل من وزن كيل شعير مثله، فيكون أضر بالدابة، فقد خالفه فيما أمره به إلى ما هو أضر بالدابة فضمن، كما لو استأجرها ليحمل الحنطة فحمل مثل وزنها حديداً، فضمن كذلك هذا.

وليس كذلك إذا حمل مائة وعشرة، لأنه وافقه في مقدار المائة وخالفه في مقدار العشرة الزائدة، فضمن مقدار المخالفة والأجر في قدر الموافقة، فقد قال في العارية: لو استعار دابة ليحمل عليها كيلاً من حنطة، فحمل كيلاً من الشعير لا يضمن، لأن الحنطة أثقل من الشعير، فقد خالفه إلى ما هو أخف وأنفع للدابة فلا يضمن، لأنه حمل أقل من وزنه، بخلاف مسألتنا.

٥٧٢- لو استأجر دابة رجل لحمولة، فحمل عليها فساق رب الدابة الدابة فعثرت

(١) انظر البحر (٣٦/٨، ٤١).

وسقطت الحمولة عنها ففسدت، وصاحب الدابة معها ضمن الحمولة. ولو حمل عليها عبداً صغيراً ساق رب الدابة الدابة، فعثرت فسقط عنها الغلام ومات، فلا ضمان عليه. وقيل المسألة محمولة على أن العبد ممن يستمسك على الدابة^(١).

والفرق أن السوق مضمون على المكاري، والحمولة في يده، لأنه من علي ويستحق الأجر به، لا بد له على نفسه، فإذا تلف بمعنى كان مضموناً عليه، وهو في غيره مضمون، كالقصار إذا دق فتخرق من دقه.

وليس كذلك العبد لأن العبد تصرف في نفسه فهو في يد نفسه إذا كان ممن يستمسك على الدابة، فإذا فقد تلف بيد نفسه فلا يجب به الضمان على غيره.

٥٧٣- إذا استأجر دابة إلى الري أو إلى فارس، ولم يسم مدينتها ولا رساتيقها لم يجز^(٢). ولو استأجر إلى البصرة جاز^(٣).

والفرق أن الري اسم للقصة ونواحيها، فإذا لم يتبين صار المعقود عليه مجهولاً، فلم يجز.

وليس كذلك البصرة لأنها اسم مطلق على المدينة والقصة في العرف والعادة فانصرف مطلق عقده إلى المعتاد المتعارف، كما لو أطلق الثمن انصرف إلى نقد البلد، كذلك هذا.

٥٧٤- إذا استأجر دابة إلى الري ثم سار بها إلى أدنى الري فله أجر مثلها، وإن نقص من المسمى. ولو سار بها إلى أقصى الري فله أجر المثل لا ينقص عن المسمى. والفرق أنه إذا سار إلى أدنى الري فقد استوفى المنفعة على عقد فاسد ولم يعلم أنه رضي بالمسمى إلى هذا الموضع، لأن له أن يقول إنما التزمت المسمى إذا سار إلى أقصى الري فإذا لم يعلم بوجود المسمى لم يلزم ذلك فجاز أن ينقص منه.

وليس كذلك إذا سار إلى أقصى الري لأنه علم أنه رضي بالمسمى إلى هذا الموضع فهو يقول رضيت بتسليم جميع الأجرة بإزاء جميع المنفعة، وقد أوفيتك ما شرطت فلزمه المسمى، فلا ينقص منه.

٥٧٥- إذا استأجر أرضاً يزرعها فللمستأجر شرحها، وإن لم يشترط. ولو اشترى

(١) انظر المبسوط (١٦، ٤٢).

(٢) انظر حاشية ابن عابدين (٦١/٨).

(٣) انظر الهداية شرح البداية (٢٤٠/٣) والبحر الرائق (٢٤/٨)، والبدائع (٤/١٨٠، ١٨٨) والعهدة المصنفة (ص ١١٨).

أرضًا لم يكن الشرب إلا بالشرط.

والفرق أن الإجارة عقد على المنفعة، ولا يمكنه الانتفاع بالأرض دون الشرب، فصار باشتراط منفعة الأرض له مشترطًا الشرب، ولو اشترط ذلك لزمه، كذلك هذا. وليس كذلك البيع، لأنه عقد على العين دون المنفعة، بدليل أنه يجوز العقد على ما لا ينتفع به، كالصبي الصغير، فلم تكن سلامة الشرب له من موجب العقد فلا يدخل فيه من غير شرط.

٥٧٦- إذا استأجر الوصي نفسه أو عبده لليتيم لم يجز^(١). ولو باع عبده من نفسه لليتيم جاز^(٢). ولو أجز الأب نفسه أو عبده للصبي جاز.

والفرق أن تصرف الوصي إنما يجوز على وجه يكون النفع للصبي عند أبي حنيفة رحمه الله، وهذا ليس بالنفع، لأنه يأخذ دراهمه وهي مال في نفسه ويسلم العمل، وهو ليس بمال في نفسه، فلم يكن له انفع، فلم يجز.

وأما إذا باع منه فالبيع مال، والثمن مال، فهو يعاقد نفسه على وجه يكون النفع للصبي، لأنه يأخذ من ماله عشرة دراهم ويعطيه مالا هو اثنا عشر فجاز.

وأما الأب فتصرفه يجوز مع نفسه، وإن لم يكن أنفع للصبي، إذا كان مما يتغابن الناس فيه، واستتجار العبد بالدراهم مما يتغابن الناس في مثله فجاز عليه.

٥٧٧- العبد المحجور إذا أجز نفسه من رجل، فنقله إلى منزله فتلف من العمل في يد المستأجر فعلى المستأجر الضمان، ولا أجز عليه.

والصبي المحجور إذا أجز نفسه من رجل فنقله إلى منزله ليعمل له فتلف بحرق أو صاعقة، فعلى المستأجر الضمان والأجز.

والفرق بينهما أنه لما استعمل العبد بغير إذن صاحبه صار غاصبًا له، فوجب الضمان عليه، ومن شرط إمساك العين على حكم الإجارة أن تكون العين أمانة في يده، فلما صار مضمونًا ثبت أنه أمسك لا على حكم الإجارة، فلا يستحق عليه الأجز.

وليس كذلك الصبي، لأن ذلك الضمان الذي يلزمه ضمان استهلاك، لا ضمان غصب، لأن الصبي حر والحر لا يضمن بالغصب، وإنما يضمن بالاستهلاك، وضمان الاستهلاك لا يسقط ضمان الأجز، كما لو استأجر عبدًا شهرًا ثم إنه قتله بعد مضي الشهر

(١) انظر البحر الرائق (١١٩/٧).

(٢) انظر البحر الرائق (٤٧٦/٨)، والبدائع (٣٨٠/٧)، وفتاوى السعدي (٨٢٦/٢).

ضمن قيمته والأجر، كذلك هذا.

٥٧٨- إذا كان دار بين رجلين فارتب أحدهما نصفها من شريكه حاز على طاه الروايات. ولو رهن نصفها من شريكه لم يجز^(١).

والفرق أن المستأجر يصل إلى استيفاء المعقود عليه من غير استحقاق عليه. لأنه يجوز أن ينتفع بملك نفسه، ويجوز له أن ينتفع بما استأجر وإذا وصل إلى استيفاء المعقود عليه من غير استحقاق جاز له أن يستأجر، وإن لم يجز لغيره كالغاصب إذا استأجر العبد المغصوب جاز، وإن لم يجز لغيره أن يستأجره.

وليس كذلك الرهن، لأن العقد يقع على إمساك العين، ولو جوزنا ذلك في المشاع لوجبته المهايأة ينتفع بالعبد في اليوم الذي يمسكه لنفسه ولا ينتفع بالعبد في اليوم الثاني. فيمسك يومًا على حكم الرهن، ويومًا لا يستحق قبضه على حكم عقد الرهن، والمستفاد بالعقد إذا استحق بمعنى قبله بطل العقد، كما لو كان مستحقًا.

٥٧٩- إجارة المشاع لا تجوز، ويستوي فيها ما يقسم وما لا يقسم، وكذلك رهن المشاع لا يجوز^(٢).

وهبة المشاع لا تجوز فيما يقسم، وتجوز فيما لا يقسم.

والفرق بين هذه المسائل أن المنافع من صحة رهن المشاع استحقاق قبضه في الثاني بمعنى قارن العقد، وهذا المعنى موجود في المشاع فيما يقبل القسمة وفيما لا يقبل. ولم يجز، وكذلك الإجارة. والمنع من جواز الإجارة في المشاع إيجاب المهايأة واستحقاق يد المستأجر بمعنى قبل العقد، وهذا المعنى موجود في الوجهين.

وأما الهبة فالمنع من جواز الهبة في المشاع إيجاب ضمان القسمة على الواهب، فيكون فيه إيجاب الضمان على المتبرع بتبرعه فيما تبرع به لمن تبرع عليه، وهذا المعنى يوجد فيما يقبل القسمة دون ما لا يقسم، وإذا لم يؤد فيما لا يقسم إلى إيجاب الضمان على المتبرع بتبرعه جازت الهبة وإن كان مشاعًا.

٥٨٠- إذا اكترى لإبلا بغير أعيانها لتحمل له حمولة إلى مكة وكفل رجلًا بالحمولة فهو جائز، وله أن يأخذها أيهما شاء. ولو استأجر عبدًا بعينه شهرًا يخدمه وكفل رجلًا بالخدمة لم يجز.

(١) انظر المبسوط (٤٢/١١).

(٢) انظر بدائع الصنائع (٢٦٤/٦).

والفرق أنه إذا لم تكن الدابة بعينها فالعقد وقع على الحمل، والحمل مضمون عليه، نقد ضمن مضموناً بمضمون له قبله، فصح الضمان، كما لو ضمن عنه ديناً. وليس كذلك العبد، لأن العقد وقع على تسليم النفس دون الخدمة، بدليل أنه لو سلم العبد ولم يستخدمه استحق الأجر، فلم يكن العمل مضموناً عليه، فقد ضمن غير مضمون فلم يجز، كما لو ضمن الوديعة من المودع.

«كتاب الشهادات»

٥٨١- كافر شهد على مسلم، فردها القاضي لكفره، ثم أسلم، فأعاد تلك الشهادة - قبلت. ولو شهد فاسق بشهادة فردة القاضي لفسقه، ثم تاب، فأعاد تلك الشهادة لم تقبل.

والفرق أن الكافر ليس من أهل الشهادة على المسلم، بدليل أن القاضي لو قضى بجواز شهادته لم يجز، فصار إخباراً لا شهادة، فإذا ردها القاضي لم يكن المردود شهادة فجاز أن تتبل من بعد، كما في العبد إذا شهد فردت شهادته لرقه، ثم عتق فأقام تلك الشهادة قبلت لهذا المعنى، كذلك هذا.

وليس كذلك الفاسق، لأنه من أهل الشهادة على المسلم، بدليل أن حاكماً لو حكم بجواز شهادته لجاز، وليس للقاضي أن يجعل ما ليس بشهادة شهادة، فدل على أنه من أهل الشهادة، فإذا رد لم يكن لها قبول من بعد كالعدل إذا شهد في شيء هو شريكه فيه، أو شهد لزوجته، ثم أبانها ثم أعاد لم تقبل كذا هذا، والمعنى فيه أن هذا حكم جرى من القاضي بفسخ عقد، فلا جواز لها من بعد، كما لو قضى بفسخ عقد آخر من العقود. ٥٨٢- الكافر إذا مات وأوصى إلى مسلم فادعى رجل على الميت ديناً، وأقام شهوداً من أهل الكفر أجزاء شهادتهم، وإن كان المسلم خصمه. ولو وكل كافر مسلماً بشراء أو بيع لم يجز على الوكيل بشهادة الكافر.

والفرق أن الشهادة تقع على الميت، لأنهم يثبتون عقده وقوله، وهو كافر، وشهادة الكافر على الكافر مقبولة.

وفي الوكيل الشهادة تقع على الوكيل، لأنهم يثبتون عقد الوكيل وقوله وحقوق العقد تتعلق به، فصارت هذه شهادة كافر على مسلم فلا يقبل.

٥٨٣- إذا أقام رجل البينة أن فلاناً مات يوم كذا، وإنه وارثه ولا وارث له غيره، فقضى بذلك، ثم أقامت امرأة البينة أن فلاناً تزوجها يوم كذا، ليوم بعد ذلك اليوم، ثم مات بعد ذلك قبلت بينة المرأة. ولو أقام الوارث البينة أن فلاناً قتل يوم كذا فقضى بذلك، ثم

أقامت امرأة البينة أنه تزوجها بعد ذلك اليوم الذي شهدوا بقتله، لم تقبل شهادة شهودها. والفرق بين القتل والموت أنه لا حق للوارث في إثبات الموت، لأن الوارث يدعي الميراث، ويجوز أن يستحق الميراث مع حياة المورث، بأن يترد ويلحق بالدار، فلم يكن من ضرورة الحكم له بالميراث حكمه بموته لا محالة، وإذا لم يصح الحكم بموته جاز أن يقضى بحياته بعد ذلك، كما لو لم تكن الشهادة الأولى.

وليس كذلك القتل لأن للوارث حقاً في إثبات القتل، لأنه يدعي القصاص أو الدية، ويستحيل إثبات القصاص أو الدية دون القتل، فكان من ضرورة الحكم بالقصاص حكمه بالقتل، فقد صح الحكم بقتله ببينة الوارث، فلم يجز الحكم بحياته بعده ببينة أخرى، فلا تقبل الثانية.

٥٨٤- إذا ادعى شراء دار وشهد له شاهدان بالشراء، ولم يسميا الثمن والبائع ينكر الثمن، فشهادتهما باطلة. ولو شهدا على إقرار البائع بالبيع، وقبض الثمن، ولم يسميا الثمن فشهادتهما جائزة.

والفرق أنهما لما شهدا على قبض الثمن وجب الحكم بالثمن، فإذا كان الثمن مجهولاً فقد جهل الثمن في وقت يحتاج إلى الحكم به. والثمن لا يجوز أن يكون مجهولاً، فلو قضيناه لقضينا بعقد بيع من غير ثمن، وعقد البيع من غير ثمن لا يصح، فلا يجوز القضاء بهذه الشهادة.

وليس كذلك إذا شهدوا أن البائع أقر بقبض الثمن، لأنه لا يجب الحكم بالثمن بعد القبض فقد جهل بالثمن في وقت لا يحتاج إلى الحكم به، فلم يمنع صحته، كما لو جهلا الكيس الذي فيه الدراهم.

٥٨٥- إذا ادعى داراً في يد رجل، وأقام البينة أن أباه اشتراها منه بألف درهم وقد مات أبوه، والبائع يجحد، فإنني لا أكلفه البينة أنه مات وتركها ميراثاً. ولو كانت الدار في يد ثالث غير البائع، سألت البينة أنه مات وتركها ميراثاً^(١).

والفرق أن الوارث يخلف الميت في حقوق عقده، وتنقل العهدة إليه، بدليل أنه يلزمه تسليم ثمن ما اشتراه المورث وتسليم المبيع، ويرد بالعيب ويرد عليه، ويرجع بالثمن عند الاستحقاق فإذا ادعى أن أباه اشتراها من صاحب اليد يدعي الاستحقاق بحق العقد، فصار كأنه اشتراها بنفسه منه، ولو ادعى أنه اشتراها منه لم يكلف إقامة البينة أن أباه مات

(١) انظر التقرير والتحجير لابن أمير حاج (٢/٢٤٥).

وتركها ميراثاً، كذلك هذا.

وليس كذلك إذا كانت في يد ثالث غير البائع، لأنه يدعي الاستحقاق عليه بحق الملك لا بحق العقد، لأنه لا يدعي الشراء منه، وإذا ادعى الاستحقاق بحق الملك لا بد من بيان جهة الملك، فكلّف إقامة البينة أن أباه مات وتركها ميراثاً له.

٥٨٦- إذا باع الرجل جارية من رجل، ثم غاب المشتري، ولا بدري ابن هو فأقام البائع البينة على ذلك، فإني أبيع الجارية على المشتري، وأنقد البائع الثمن. هذا كما إذا كان قبل التسليم، وقيل إن هذا قول أبي يوسف ومحمد، ولكن ذكر هذه المسألة في الجامع الصغير، وأسنده إلى أبي حنيفة رحمة الله عليه. ولو كان عرضاً آخر للمشتري غير هذا عين هذا العقد، فإنه لا يباع في ثمنه ما لم يحضر المشتري.

والفرق أن حق البائع متعلق بعين المبيع قبل التسليم، ويتعين فيه، بدليل أنه لو هلك ذلك المبيع في يده بطل حقه، والمشتري بتعيينه عجز عن حفظ ماله، فصار مولياً عليه، في حفظه ويعه بدليل أنه لو كان شيئاً يتسارع الفساد إليه كان للقاضي أن يبيعه، فصار للقاضي ولاية في بيعه، فكان له أن يبيعه ليوفيه حقه، دليله لو جن أو مات.

وليس كذلك العروض، لأنها لا تناع في الدين، لأن حق الغرماء لم يتعلق به فلا يبيعه القاضي عليه بحقهم، فاستوى وجود الدين وعدمه، ولو لم يكن عليه دين لم يعه، كذلك هذا.

٥٨٧- ولو أن رجلاً أقر أنه لا حق له فيما في يد فلان، ثم مكث حيناً ثم أقام البينة على عيّد في يد فلان أنه عبده غصبه منه، لم يقبل حتى يشهدوا على غصبه بعد إقرار المدعي أنه لا حق له فيما في يده. ولو أقر المدعي عليه وقال جميع ما في يدي من قليل أو كثير لفلان، فمكث أياماً، فحضر فلان ليأخذ ما في يده فادعى عبداً في يده أنه ملكه بعد إقراره فقال المقر له: كان في يديك يوم إقرارك، فالقول قول المدعي عليه، والعبد عبده. والفرق بينهما أن في المسألة الأولى إبراء، والإبراء يصح حمله على العموم بدليل أنه أبراه عن جميع حقوقه وديونه جاز، فصحت البراءة، فإذا ادعى عليه حقاً ولم يأت بتاريخ بعده لم يقبل، حتى يتيقن وجوبه بعد البراءة.

وأما في مسألة الإقرار فلا يصح حمله على العموم، بدليل أنه لو أقر لإنسان بجميع الأشياء لم يصح لأنه يستحيل أن يكون كل شيء له فحمل إقراره على الخصوص، فانصرف إلى ما يثبت كونه في يديه وقت الإقرار، فلما علم كونه في يديه وقت الإقرار كلف تسليمه، وإلا فلا، إلا أن يقيم البينة على كونه في يده وقت الإقرار، فحينئذ يثبت

كونه في يديه فكلف بتسليمه إليه.

٥٨٨- ولو أن رجلين سعا رجلا يقول: لفلان عليّ كذا درهمًا، وسعهما أن يشهدا عليه بذلك، وإن لم يقل لهما اشهدا عليّ. ولو أن رجلين سعا رجلين يشهدان: لفلان على فلان ألف درهم لم يسعهما أن يشهدا على شهادة الرجلين حتى يقول لهما: اشهدا على شهادتنا.

والفرق أن الشهادة غير موجبة للحق بنفسها، بدليل أن للقاضي اجتهادًا في قبولها ورفضها، وبدليل أن الشاهد لو رجع بعد الشهادة قبل القضاء جاز رجوعه، فدل على أن الشهادة ليست بسبب موجب للحق، وإنما هي سبب يجب الحق بغيرها، فلم يستدركا المعنى الموجب للحق لهما، فلا يسعهما أن يشهدا فاختص بذلك الحق من خص به، كما لو سعا يوكل وكيلا يبيع شيء لم يسعهما أن يشهدا ببيع ذلك الشيء، كذلك هذا. وأما في الإقرار فنفس الإقرار موجب للحق، بدليل أنه ليس للقاضي اجتهاد في قبوله ورفضه، وبدليل أنه لا يجوز الرجوع عنه فقد استدركا المعنى الموجب للحق، فوسعهما أن يشهدا بذلك، كما لو رآيا رجلا يتلف مال إنسان، أو يقتل إنسانًا وسعهما أن يشهدا بذلك، كذلك هذا.

٥٨٩- إذا كان لرجل على آخر دين فادعى الأداء، فشهد له شاهدان أنه حلله مما كان قبله، جازت شهادتهما. ولو شهدا أنه أحله لم تجز شهادتهما.

والفرق أن التحليل تفعل من الحل، والحل عبارة عن الفكك، يقال حل رقبته أي فككه، ويقال حل الرهن وحل القيد أي فككه وفككه الزمة قد يكون بالأداء، فأمكن الجمع بين الشهادة والدعوى من غير تناقض، فكأنه ادعى الأداء فشهدا له أنه فك ذمته بالأداء. وليس كذلك الإحلال لأن الإحلال عبارة عن الإباحة بدليل قوله تعالى: ﴿وَأَحْلَ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ﴾ [النساء: ٢٤] وقوله: ﴿وَأَحْلَ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥]، والأداء لا يكون إباحة لما له عليه، ولا يقال إباحة ما له عليه بالأداء، ولا أدى ما عليه، إذا أباحه، فلا يمكن الجمع بين الدعوى والشهادة من غير تناقض فلم تجز شهادتهما.

٥٩٠- أربعة إخوة شهدوا على أخيهم بالزنا وهو محصن، فقضى القاضي بالرجم فإن الشهود يبدعون، ويستحب لهم أن لا يقصدوا القتل.

بخلاف القتل لأجل الكفر فإنه يسعهم أن يقصدوا قتله لأجل كفره.

والفرق أن الكفر قطع الصلة بينهما بدليل أنه لو كان فقيرًا لا يقرض له النفقة عليه والامتناع من القتل لأجل الصلة، ولا صلة بينهما، فجاز له أن يقتل.

وأما الزنا فإنه لا يقطع الصلة بينهما، بدليل أنه إلى أن يقتل تفرض نفقته عليه إن احتاج، والامتناع عن القتل لأجل الصلة والصلة باقية فلا يقتل.

٥٩١- ولو كان لرجل أخ فشهد شاهداً أنه ادعى ولد أخته هذه، ف قضى القاضي بكونه ابناً له، ثم مات فورثه القاضي ماله، ثم رجع الشاهدان عن الشهادة بعد موته لم يضمنا شيئاً. ولو شهدا بعد موته بالنسب ف قضى القاضي بالميراث، ثم رجعا ضمنا للأخ ما أخذ من الميراث.

والفرق أن الشهادة في حال حياة الأب لا تكون شهادة بالميراث، لأنه يجوز أن يموت الولد قبل الوالد، فلا تكون الشهادة بالنسب شهادة بالميراث، فلم يقع الإتلاف بشهادتهما، فلا يغرمان شيئاً.

وليس كذلك بعد الموت، لأن الشهادة بالنسب بعد الموت شهادة بالميراث، لأنه ليس ههنا معنى موجب للميراث غير الشهادة، فقد وقع التلف بالشهادة، فغرما عند الرجوع ما أتلغا.

٥٩٢- ولو أن رجلاً أوصى بثلاث ماله لرجل، ف قضى القاضي له به، ثم شهد شاهداً أنه رجع عن وصيته له، ف قضى القاضي بالرجوع ورده إلى الورثة، ثم شهد الشاهدان بأعيانهما أنه أوصى بهذا الثلث لهذا الآخر ف قضى القاضي به للثاني، ثم رجعا عن شهادتهما ضمناً ثلثاً للورثة، وثلاثاً للموصى له الأول^(١). ولو شهدا على الرجوع عن الثلث وشهدا للثاني بالوصية بالثلث معاً ثم رجعا غرماً ثلثاً واحداً للموصى له الأول، ولا يغرمان للورثة شيئاً.

والفرق أنهما لما شهدا بالرجوع عن الوصية وقضى بذلك فقد أتلغا الثلث على الموصى له وصار الثلث ملكاً للورثة، ولو شهدا أنه أوصى بالثلث لهذا الآخر فقد أتلغا ثلثاً أيضاً على الورثة، فإذا رجعا غرماً عند الرجوع ما أتلغا.

وأما إذا شهدا بالرجوع والوصية معاً، لم يتلغا على الورثة شيئاً لأنهما أقرنا بالشهادة بالرجوع ما يمنع عود الثلث إلى الورثة هو شهادتهما بالوصية للثاني، فلم يقع الإتلاف على الورثة، فلا يغرمان عند الرجوع شيئاً.

٥٩٣- ولو أن رجلاً في يديه عبد، فشهد شاهداً أنه لهذا الرجل، ف قضى القاضي،

(١) انظر الهداية شرح البداية (١٩٠/٣) والبحر الرائق (٨٢/٧) وحاشية ابن عابدين (٦٥١/٦)، والمبسوط (٣٢/١٨).

ثم شهد شاهدان أن على المقضي له بالعبد أن العبد لهذا الآخر، فقضى القاضي به له، ثم شهد شاهدان أيضًا نحوه ثم رجعوا جميعًا فعلى كل شاهدين قيمة العبد للرجل الذي شهدا له، ولو شهد للرجل ثلاثة نفر كل نفر شهيد أن فلانًا أوصى بجميع ثلثه لفلان، ثم رجعوا، فإن كل فريق يغرم نصف الثلث، ولا يغرم الجميع.

والفرق أن القاضي لو قضى بالعبد للأول صار الملك فيه له، فشهود الثاني أتلّفوا عليه ملكه، بدليل أنه لو بطلت شهادتهم لبقى جميع العبد للأول، وشهود الثالث أتلّفوا جميع العبد على الثاني، ولو بطلت شهادتهم لبقى جميع العبد للثاني، فإذا رجعوا غرموا جميع ما أتلّفوا، وقد أتلّف الشهود الأول جميع العبد وكذلك الثاني والثالث فغرموا. وأما في الوصية فليس كذلك، لأن شهود الثاني لم يتلفوا جميع الثلث على الأول، بدليل أنه لو بطلت شهادتهم لكان الثلث بين الأول والثالث نصفين، ولم يكن جميع الثلث للأول، وإذا لم يتلفوا عليه ذلك لم يغرموا إلا قدر ما أتلّفوا عليه.

٥٩٤- شاهدان شهدا أن فلانًا وهب عبده هذا من فلان وقبضه، وشهد آخران أنه وهبه من فلان الآخر وقبضه، وقضى القاضي بالعبد بينهما ثم رجعوا عن الشهادة فإنهم يضمّنون قيمة العبد للمشهود عليه أرباعًا، ولا يغرمون للواهب له شيئًا. ولو شهد أن فلانًا أوصى بثلثه لهذا، وشهد آخران أنه أوصى بثلثه لهذا الآخر، وقضى القاضي بالثلث بينهما ثم رجعوا فإن كل فريق يغرم للموصى له نصف الثلث.

والفرق أن القاضي لما قضى بالعبد بينهما نصفين فقد فسخ عقد كل واحد منهما عن نصف العبد، لأنه يستحيل أن يقضى بالعبد بينهما مع بقاء عقد كل واحد في جميعه، فبقي حق كل واحد في نصف العبد، وقد سلم له ذلك، فلا يغرم الشاهد له شيئًا. وليس كذلك الوصية، لأنه لم يفسخ العقد عن شيء من الثلث لكل واحد منهما بدليل أن الورثة لو أجازوا الوصيتين سلم لكل واحد منهما نصف العبد، فلما رجعا فقد أتلّف كل واحد منهما على صاحبه نصف الثلث فغرم له ما أتلّفه عليه.

٥٩٥- رجل له على القاضي دين، فغاب صاحب المال، فادعى رجل أنه وكله بقبض ديونه، وأقام البينة، فقضى به القاضي ثم قضى الدين، أو قضى الدين ثم قضى بوكالته لم يجز قضاؤه بالوكالة^(١). ولو كان مكان الوكيل وصي قضى بالوصية قبل قضاء الدين ثم قضاها الدين، جاز قضاؤه، ولا يجوز قضاؤه إن كان قضى الدين أولاً.

(١) انظر البحر (٥٠١/٨)، والمبسوط (٤١/١٨).

وفرق أن القاضي خصم في سماع هذه البيعة، لأنه أحد الغرماء ويبرأ بالدفع إليه، فنصار يسمع البيعة فيما هو خصم فيه، فلم يحز السماع، فبقي توكيلاً من غير سماع بيعة باختباره، وليس للقاضي أن ينصب وكيلاً في مال الغائب.

وأما في باب الوصية فهو خصم في سماع البيعة، فلم يحز سماعه فبقي قاضياً وصياً في مال البيت باختباره، وللقاضي ولاية على مال الميت، فله أن ينصب عنه خصماً وصياً، فإذا قضى الدين، وابتداء القضاء وقع لنفسه، فبقي باطلاً، وإذا كان بعد النصب فابتداء انقضاء يقع للميت، وثبوت حق البراءة باق للقضاء فلا يبطل القضاء بثبوت حقه في الثاني، كما لو قضى لأخيه جاز ولو جاز أن يثبت له حق في ماله بالفقر وغيره كذلك هذا.

٥٩٦- ولو أن قاضياً أمر لإنساناً بأن يقضي بين اثنين، فقضى له لم يحز قضاء الثاني إذا لم يجعل الخليفة إلى الأول أن يولي غيره.

وللوصي أن يوصي وإن لم يجعل إلى الأول.

والفرق أن القضاء مما إذا خص اختصاص به، وبديل أنه لو خص يلد اختصاص به، فكذلك إذا خص شخص أو نوع اختصاص به.

وليس كذلك الوصي لأن الوصاية إذا خصت لا تختص، ألا ترى أنه لو أوصى إليه في شيء خاص صار وصياً في جميع الأشياء، ووقعت عامة فكأنه قال له أوص إلى غيرك. ولأن القضاء لا ينعقد بالإطلاق والإيهام، لأنه لو قال الإمام: جعلتك قاضياً لم يصح، وإذا لم ينعقد بالإيهام فإذا فسر انعقد بتفسيره كالوكالة.

وأما الوصاية فإنها تنعقد بالإيهام بدليل أنه لو قال: أوصيت إليك، صار وصياً في جميع الأشياء، ويقع عاماً فإذا خص صار تخصيصاً لبعض ما شمله عموم اللفظ الأول ولا يوجب قصر الحكم عليه، فبقي على إطلاقه فكأنه عم له الإذن في الوصاية إلى غيره، فإذا فعل جاز، كذلك هذا.

٥٩٧- إذا شهد شاهدان على أمة في يد رجل أنها حرة، فوضعها القاضي على يد عدل ليسأل عن الشهود، فطلبت النفقة فرض لها القاضي النفقة. ولو شهدا على رجل أنه طلق امرأته قبل الدخول فحيل بينها وبين الزوج، ليسأل عن الشهود فلا نفقة لها إذا طلبت.

والفرق أن نفقة الزوجة تجب لأجل التسليم، وقد فات التسليم بالحيلولة، فصارت كالناشئة، ولم تجب نفقة العدة، فلا نفقة لها.

وأما في الأمة فالنفقة تجب لحق الملك لا بالتسليم ووقوع الحيلولة له لا يزيل الملك

فبقي الموجب للنفقة، فوجبت كالمرهونة والمؤاجرة.

٥٩٨- إذا أقر وارثان على الميت بدين ألف درهم، وفي ميراثهما وفاء بالألف فلم يدفعاً للغريم دينه حتى يشهدا عند القاضي له بالألف جازت شهادتهما على سائر الورثة، وإن كان قد أقر أولاً بالألف. ولو أن الزوج قذف امرأته، ثم جاء مع ثلاثة، فشهد على امرأته بالزنى لم تقبل شهادته.

والفرق أن في الزوج شهادة ليس بتقرير لموجب إقراره، لأن شهادته توجب الحد عليه، والقذف الأول لا يوجب الحد عليها، فصارت شهادته بغير القول الأول لا تقريراً، فلم تقبل شهادته، وصار كأنه شهد بشيء، ثم شهد بعد ذلك بخلافه فلا تقبل شهادته. وأما في الإقرار بالدين فشهادته تقرير لموجب إقراره، لأن إقراره الأول لإقرار على الميت يوجب القضاء من التركة، ولكن امتنع القضاء من نصيبهم بجحودهم فجعل كالمالك، فصارت شهادتهما تقريراً لإقرار الأول، فجازت شهادتهما كما لو أقر على مورثه بدين في حال حياته، ثم شهد هو وآخر عليه في حياته أيضاً قبلت شهادته، كذلك هذا.

٥٩٩- إذا وكل وكيلًا بالخصومة بمحضر القاضي فخاصم الوكيل المطلوب في ألف درهم ثم أخرجه الموكل من الوكالة، فشهد الوكيل للموكل على المطلوب بمائة دينار فشهادته جائزة. ولو وكله بغير محضر القاضي، وأشهد على الوكالة، فخاصم المطلوب في ألف درهم وأقام البينة على الوكالة، ثم حضر الموكل فعزله عن الوكالة، فشهد له على المطلوب بمائة دينار مما كانت للموكل على المطلوب، قبل قضائه للوكيل بالوكالة لم تجز شهادته.

والفرق أن القاضي لما سمع البينة وقضى بالوكالة، فقد قضى بكونه خصماً في جميع حقوقه، فإذا شهد له بشيء بعد ذلك، صار يشهد فيما صار خصماً فيه، فلم تجز شهادته.

وليس كذلك في المسألة الأولى إذا كان التوكيل بمحضر القاضي، لأن القاضي علم بكونه خصماً في جميع حقوقه، وعلمه لا يكون قضاء ما لم يقض به ألا ترى أنه لو أقيمت البينة بعد عزله عند قاض آخر، أن الأول علم بكونه وكيلًا، لم يقض بذلك فلم يصر خصماً في الجميع، فجاز أن تقبل شهادته.

٦٠٠- ولو أن عبداً أشهد رجلين على شهادته، ثم أدرك جاز لهما أن يشهدا على شهادته.

والفرق أن العبد يريد أن يعلق بقوله حكماً و[يتعلق] بقوله حكم ألا ترى أنه يقر

على نفسه بالحدود والديون فتقبل، فلو جوزنا التحمل لعلقنا بقوله، وهذا جائز فقد مسح التحمل وأدى الشهادة وهما من أهل الأداء فجاز.

وأما في الصبي فلو جوزنا لهما تحمل الشهادة لعلقنا بقول الصبي حكماً، وقوله لا يتعلق بالحكم به، ألا ترى أنه لو أقر على نفسه بالحدود والديون لم يصح إقراره، وإذا لم يصح التحمل لم يصح الأداء، فبطلت الشهادة والله أعلم.

«كتاب الدعوى»

٦٠١- إذا أقام أحد الورثة البينة أن هذه الدار التي في يد هذا الرجل كانت لأبيه، مات وتركها ميراثاً له ولأخيه الغائب، يقضي للحاضر، ولا يقضي في نصيبه الغائب شيء عند أبي حنيفة رحمه الله، ثم حضر الغائب فإنه لا يحتاج إلى إعادة البينة على قياس ما ذكرنا في الجامع الصغير، وهو أنه إذا ادعى أحد الورثة وأقام البينة أنه قتل مورثه عمداً ثم حضر الغائب فإنه يحتاج إلى إعادة البينة. ولو كان القتل خطأ لم يحتج إلى إعادة البينة. والفرق أن هذه الرواية التي ذكر في الجامع الصغير، أن البينة على قتل العمد من أحد الورثة قامت غير موجبة للقضاء، بدليل أنه لا يقضي بنصيب الحاضر أيضاً، فصار كما لو كان الشهود فاسقاً فلا يقضي بها، وإذا حضر يحتاج إلى الإعادة. وليس كذلك الأموال وإذا كان القتل خطأ، لأن هذه البينة موجبة للقضاء، بدليل أنه يقضي بنصيب الحاضر وإنما امتنع القضاء بنصيب الغائب لعدم الدعوى، فإذا حضر وادعى واقرن الدعوى بالبينة وقضى بها، صار كما لو كانا حاضرين في ذلك الوقت.

٦٠٢- زيت في يد رجل، أقام رجل البينة أنه عصره وسلاه في ملكه، وأقام الذي هو في يده البينة كذلك، قضى بها للذي هو في يده. ولو أن شاة في يد رجل، أقام رجل البينة أنها شاته ضحى بها وسلخها في ملكه، وأقام الذي في يده البينة كذلك، فإنه يقضى بها للمدعي.

والفرق أن الزيت مما لا ينعصر مرة بعد أخرى وهو مما يملك بالعصر، فقد بين أنه أول ملك له فلا يستحق الآخر قبله، والآخر كذلك، فكان صاحب اليد أولى، كما قلنا في النتائج.

وليس كذلك المسلوخة، لأن السلخ ليس هو سبب يملك به، لأن من ذبح شاة غيره، وسلخها لا يملكها، فلم تبن بيته أنه أول مالك له، وإنما أقام البينة على الملك المطلق فقط، فكان الخارج أولى، كما لو ادعى الملك مطلقاً وأقاما البينة.

وجه آخر أنه بالعصر تجدد له اسم آخر غير الأول، فقد أثبت زائداً على الاسم

الأول، صار كما لو ثبت التناج، فصاحب اليد أولى.
وليس كذلك الشاة، لأنه بالسلب لم يتجدد اسم آخر فبقي الاسم الأول، فكانه أقام
البيئة على الملك المطلق، فكان الخارج أولى كذلك هذا.
٦٠٣- دجاجة في يد رجل، أقام آخر البيئة أن البيضة التي خرجت منها هذه
الدجاجة له فإنه لا يقضي له بالدجاجة. ولو أن شاة في يد رجل أقام آخر البيئة أن الشاة
التي ولدت هذه الشاة له، قضى له بالأم والولد.
والفرق أن كون البيضة له لا يوجب أن يكون الفرخ له، لأنه لو غصب بيضة
وحضنها تحت دجاجة فالفرخ للغاصب، لا للمغصوب منه، فلم تكن هذه شهادة توجب
الملك له بها، فلا يقضي له بها.
وليس كذلك التناج لأن كون الأم له يوجب أن يكون الولد ملكاً له، ألا ترى أنه
لو غصب من إنسان شاة فولدت عنده كانت الأم والولد للمغصوب منه، فهذه شهادة
توجب الملك له بها في الولد، فقضى بها له.
ثم الفرق بين البيضة إذا غصبها واحتضنها تحت دجاجة حتى خرج الفرخ فالفرخ
للمغاصب، ولو غصب أمه فولدت ولدًا فالولد للمغصوب منه، أنه لا فعل له في ولادة
الشاة والأمة، فصار هذا مما حصل في ملكه بغير فعله، فتع ملكه.
وليس كذلك البيضة، لأن له فعلاً فيه، وهو إحضانه تحت الدجاجة، فقد نقله من
جنس إلى جنس آخر بفعله، فوجب عليه ضمانه لصاحبه، ومثل هذه لو غصب حنطة
فطحنها، ووزان هذه المسألة من مسألة التناج أن لو باضت الدجاجة واحتضنت بنفسها
فخرج فرخ كان للمغصوب منه، لأنه لا فعل للغاصب فيه.
٦٠٤- سفل لرجل، وعلوه الآخر انهزم ما لا يجبر صاحب السفل على إصلاحه،
وإن كانت بئرًا وقناة مشتركة بين رجلين فانهدم أحبر الشريك على إصلاحه.
والفرق أن السفل خالص ملكه له، فلم يجبر على إصلاحه، كما لا يجبر على
إصلاح دار له لأجل جار له.
وليس كذلك البئر والقناة، لأنها مشتركة بينهما، في تركه ضرر عليه وعلى شريكه،
وفي إصلاحه نفع لهما، فأجبرا على الإنفاق، كعبد مشترك بين رجلين، أحبر الشريك على
الإنفاق كذلك ههنا.

٦٠٥- إذا ادعى شيئاً في يد غيره، ثم ادعى أن ذلك الشيء لغيره وكله بالخصوص
فيه قضيت له به إذا أقام البيئة عليه. ولو ادعى أولاً أن ذلك الشيء لقلان وكله بالخصوص

فيه ثم ادعى أنه له لم تقبل بيته.

والفرق بينهما أنه إذا ادعى أولاً لنفسه، ثم ادعى أنه لغيره وكله باخصمه من ماله، أمكن الجمع بين الدعويين من غير تناقض، لأنه يقدر على نقل ملك نفسه إلى غيره، فصدق فيه وجعل في حقه كأنه نقل إليه.

وليس كذلك إذا ادعى أولاً لغيره، لأنه أقر بأن الملك له، ولا يقدر على أن ينقل ملكه إلى نفسه، فإذا لم يدع انتقاله من جهته إليه، ولم يقدر على نقله إليه، صار بإقراره الأول مكذباً له شرعاً في دعوى الثاني، فلا يصدق.

ولأن العادة جرت بأن الإنسان يضيف ملك موكله إلى نفسه، فيقول هذا لي بمعنى أن لي حق الخصومة فيه، وحق القبض، فإذا ادعى إنها لي، ثم ادعى إنها لموكلي أمكن الجمع بين أن يجعل الثاني تفسيراً للأول فصدق فيه.

وليس كذلك إذا ادعى أولاً لموكله، لأنه ثبت الملك لموكله بإقراره، وأقر أن الملك ليس له، فإذا قال لي لا يمكن أن يجعل الثاني تفسيراً للأول لأنه شهد له بشهوده. فقول الشهود لا يحمل على المجاز، والتفسير لدعواه، وهو لا يضيف ملك نفسه إلى موكله، فصار بدعواه الأولى مكذباً لشهوده في الثاني، فلا يقبل.

٦٠٦ - إذا أقر الرجل بولد جاريته أنه منه، ثم أراد نفيه لم يكن له ذلك.

وإذا ثبت نسب ولده من زوجته فإن له أن ينفيه باللعان.

والفرق أن نسب الزوجة إنما يثبت بالقراش حكماً، لا بقوله وإذا لم يثبت بقوله لم يكن بالنفي راجعاً عن إقراره الأول، فجاز.

وليس كذلك إذا أقر بولد أمته، لأن النسب يثبت بقوله صريحاً، ويثبت للصبي حق النسب، فإذا أراد أن يسقط ما ثبت للصبي من الحق بصريح إقراره بقوله لم يكن ذلك له، كما لو أقر الإنسان بدين ثم رجع عنه.

يوضح هذا أن ثبوت الشيء بإقراره صريحاً يخالف ثبوته من طريق الحكم، ألا ترى أن رجلاً لو أقر بعبده في يده لرجل فلم يسلمه إليه حتى استحق من يده، ثم ملكه وحب عليه تسليمه إلى المقر له. ولو ابتاع من رجل عبداً فاستحق من يد البائع وفسخا البيع، ثم ملكه المشتري من جهة المستحق، لم يجب عليه تسليمه إلى البائع، وإن كان دخوله معه مع البيع اعترافاً له بالملك حكماً، فدل أن ثبوت الشيء بصريح الإقرار أكد، وبخالف حكمه ما ثبت من طريق الحكم، فجاز ألا يقدر على إبطال الأكيد، ويقدر على إبطال الأضعف.

٦٠٧ - إذا باع أمته فولدت عند المشتري لأقل من ستة أشهر، وأعتق المشتري

الأم وادعى البائع الولد فإنه يرد الولد إلى البائع دون الأم.
وإذا اشترى جارية فولدت ولدين وأعتق أحدهما ثم ادعاه البائع فإنه يثبت نسبه
منهما، وبطل عتق المشتري.
والفرق أن الولد ينفصل عن الأم من حرية الاستيلاد، بدليل المغرور فلم يكن ثبوت
نسب الولد شاهداً في بطلان عتق الأم، فلو ثبت لأبطلناه بمجرد الدعوى وهذا لا يجوز.
وليس كذلك التوأمين، لأنه لا ينفصل عتق أحدهما عن الآخر بالاستيلاد لأن الحمل
واحد، فصار ثبوت نسب إحداهما شاهداً في إبطال عتق الآخر، وإبطال العتق بالشهادة
جائز كما لو اشترى عبداً فاعتقه ثم جاء مستحق واستحق بالبينة أبطل عتق المشتري،
كذلك هذا.

٦٠٨- ثم يرد الولد بحصته من الثمن في الفصل الأول إذا أعتق الأم. ولو ماتت
الأم ثم ادعى البائع الولد صدق، ويرد الثمن كله ويأخذ الولد.
والفرق أن في عتق الأم سلم له بعض المعقود عليه، لأن الولاء ثبت من المشتري
عليه والولاء من أحكام ذلك الملك، فإذا سلم له بعض المعقود عليه سلم له حصته من
الثمن.

وليس كذلك الموت لأنه لم يسلم له شيء من المعقود عليه لا الولاء ولا حكم من
أحكام الملك، فكان له الرجوع بجميع الثمن.
فإن قيل: الولد لم يكن موجوداً وقت العقد ولا دخل أيضاً في التسليم الموجب
بالعقد، فلماذا يكون له حصة من الثمن؟

قلنا: إنه يفرد الولد عن الأم بالحكم وهو الرد صار له حصة بانفراده، وجعل كأنه
كان موجوداً وقت العقد، ألا ترى أنه بتعدد دعواه فيه، ويجعل كأنه كان موجوداً في
ملكه ويده وقت التسليم، والدليل عليه إذا اشترى جارية وقبضها بغير إذن البائع فولدت
ثم استردها البائع فللولد حصته كذلك هذا.

٦٠٩- الأب إذا استولد جارية ابنه ثم استحقها مستحق وأخذها وعقرها والولد
حر بالقيمة لم يرجع الأب بقيمة الولد على الابن. ولو أن رجلاً اشترى جارية واستولدها
ثم استحقها إنسان فإنه يرجع على البائع.

والفرق أن الابن لم يتضمن سلامة الولد للأب، فقد اغتر من غير تغير فلا يرجع
على غيره بما ضمن، كالشفيع إذا بنى داراً ثم استحقها إنسان لم يرجع على البائع بقيمة
البناء.

وليس كذلك المشتري، لأن البائع يضمن سلامة الولد له بعقد الشراء فقد عوّه من سلامة الولد، فإذا لم يسلم له بغير شيء ولزمه الضمان رجع به عليه. كما لو اشترى داراً وبنى فيها، ثم استحقها مستحق رجع بقيمة البناء، كذلك هذا.

٦١٠- إذا قال: هذه الجارية أم ولدي، في مرضه، وعليه دين لم يكن عليها السعاية، سواء ملكها في الصحة أو في المرض. ولو ملك عبداً في مرضه فقال: هو ابني، وعليه دين ثبت نسبه منه، ويسعى في قيمته.

وإن ملك في الصحة ثم أقر في مرضه وعليه دين أنه ابنه لم يسع في قيمته. والفرق أن إقراره لها بالاستيلاد وابتداء استيلاده لا يختلف، بدليل أنه لو ابتداء فاستولدها في حال المرض ثبت الولاء له عليها، ولو أقر أنه استولدها ثبت الولاء أيضاً، فإذا أقر جعل كأنه ابتداء فاستولدها ولو ابتداء فاستولدها لا سعاية عليها، لأن رقبته ليست بمال، كذلك هذا.

وليس كذلك الولد، لأن ابتداء استيلاده وإقراره له بالنسب يختلف، بدليل أنه لو أقر بأن هذا الولد ابنه ثبت الولاء عليه، ولو استولد جارية فولدت لا يثبت له الولاء على الولد، وإذا كان ابتداء استيلاده وإقراره له بالنسب يختلف لا يمكن أن يجعل الإقرار كالابتداء فجاز أن تجب السعاية بالإقرار، وإن لم تجب بالابتداء.

ثم الفرق بينهما لو ملك في حال الصحة، ثم ادعاه أنه لا سعاية عليه ولو ملكه في حال المرض، فعليه السعاية، لأن من حق العبد أن يبرأ عن السعاية بقوله: هذا ولدي، وهذا الحق قد ثبت للعبد في حال الصحة، وحق الغرماء تعلق بما له في مرضه، فصار حق الولد متقدماً على حقهم، فكان أولى فلا سعاية لهم عليه.

وليس كذلك إذا ملكه في المرض، لأن من حق العبد أن يبرأ عن السعاية بقوله: هذا ولدي، وهذا الحق ثبت للعبد في حال المرض، وحق الغرماء انتقل إلى ماله، وتعلق به في أول جزء من أجزاء مرضه فصار حقهم متقدماً على حق العبد فكانوا أولى.

٦١١- ولو أن رجلاً في يده دار ادعاها رجل، فقال الذي في يده الدار هذه الدار لفلان، فقال المقر له ما كانت لي قط، ولكنها لفلان آخر وصدقه الآخر، فهي للمقر له الآخر. ولو أقام المدعي البينة أنها له فقضى له القاضي بها، ثم قال: ما كانت لي قط، ولكنها لفلان، وصدقه فلان، فإنها ترد على المقضي عليه. ولو قال المقر له الأول: لم تكن لي هذه الدار، وسكت، ثم قال بعد ذلك: هي لفلان لم يصدق، وكانت الدار لئدي في يده، ولا يشبه هذا الكلام الموصول.

والفرق بين البينة والإقرار أن المقضي له في مسألة البينة لما قال: لم تكن لي قط، فقد أقر بأنه لم يكن خصمًا فيها، وإقامة البينة من غير خصم لا يوجب الحق، فكأن البينة لم تكن، والمقضي عليه يدعي الدار لنفسه، ولم يقر بأنها لم تكن له، لأنه يقول أحبرني ظلمًا، فجاز أن ترد عليه.

وأما في الإقرار فقد أقر بأنه لم يكن خصمًا، والإقرار من غير خصم يوجب الحق، والمقضي عليه أقر بأن الولد ليست له، فاستحال الرد عليه.

ولأن في مسألة البينة لما قال لم تكن لي قط رد هذه البينة من جهة، وتمسك بالبينة من وجه بقوله: وإنما هي لفلان، لأن فلانًا يستفيد الملك من جهته، ويستحيل أن يستفيد من جهته الملك ولا يكون له الملك، ورد البينة من جهة يمنع الحكم بالبينة، كما لو ادعى الملك بالشراء وشهد شهود بالهبة لم تقبل.

وفي مسألة الإقرار رد إقراره من وجه، وتمسك به من وجه، فكأنه أكذب المقر من وجه، وقال: هو كاذب في شيء آخر وذلك لا يمنع صحة الإقرار، كما لو قال: لك علي ألف درهم من جهة ثمن المتاع، وقال المقر له: إنما هي غصب، فإنه لا يبطل الإقرار، كذلك هذا.

وأما الفرق بين ما لو وصل الإقرار وفصل هو أنه جمع بين النفي والإثبات فاستوى التقديم والتأخير، ولو قال أولاً إن هذه الدار لفلان لم تكن لي قط، فإنه يقضي بها للمقر له، كذلك هذا.

وإذا فصل ولم يجمع بين النفي والإثبات فلا يستوي التقديم والتأخير فصار بالنفي رادًا لإقراره فلم يكن له قبوله بعد ذلك.

ويجوز أن يقترب الحكم بين ما لو وصل أو فصل، ألا ترى أنه لو قال: لفلان علي ألف درهم ولفلان، كان بينهما، ولو سكت ثم قال: ولفلان، كان للأول ألف درهم، كذلك هذا وقوله ما كانت لي قط يوجب ردًا لإقراره، وقوله هي لفلان لا يوجب رده، ألا ترى أنه لو اقتصر عليه وقال: هي لفلان لم يكن رادًا، وكان قابلاً، فقد اتصل القبول بالرد، فلم يتمحض ردًا.

وليس كذلك إذا فصل، لأنه يجرد النفي عن الإثبات، فتمحض قوله لم يكن لي ردًا من وجه متمسكًا به من وجه، ولكنه كان ردًا من جميع الوجوه، فبطل إقراره، والدليل عليه لو قال لفلان: لك علي ألف درهم من ثمن متاع، فقال: ليس لي عليك شيء من ثمن المتاع، ثم قال بعد ذلك: لي عليك ألف درهم من جهة غصب لم يصدق، كذلك هذا.

٦١٢- إذا ادعى رجل أن فلاناً الميت أوصى له بهذا العبد، وأقام البينة وقضى له القاضي به، فقال الوارث: هذه الشهود شهود زور، والعبد وصية لهذا الرجل، ثم ملك العبد الوارث من جهة المقضي له كلف تسليمه إلى المقر له بالوصية. ولو أقر الوارث أن الميت أوصى بهذا العبد لهذا الرجل، وأقام رجل البينة أن له على الميت ألف درهم، وقضى القاضي له بالدين، باع العبد في دينه وقضاه الغريم، ثم إن العبد عاد إلى الوارث شراء أو غيره لم يكلف تسليمه إلى المقر له بالوصية.

والفرق أن في زعم الوارث أن الشهود شهود زور، وقضاء القاضي بتسليم المال لا ينفذ ظاهراً وباطناً فلم ينقطع حق الموصى له من العين، فعاد حقه إلى العين، فإنه لم يسلم إلى الموصى له في حقه فكلف تسليمه إلى المقر له.

وليس كذلك البيع، لأن في زعم الوارث أن الشهود شهود زور وقضاء القاضي ينفذ في الفسوخ والبياعات ظاهراً وباطناً، لأن للقاضي اجتهداً في بيع مال البيت، فانقطع حق الموصى له الذي أقر به الوارث عن العين، فلا يعود العين من بعد.

وفرق آخر أن ثبوت الدين بالبينة يوجب الحيلولة بين الورثة والمال كالجنون والصبا والغيبة، وللقاضي ولاية في بيع مال هؤلاء، كذلك هذا، فثبت له الولاية في بيعه، وثبوت الوصية في العين لا يمنع البيع من جهة القاضي كما لو أوصى بعبد لإنسان وعليه ألف درهم دين وللميت مال غائب دين فباع القاضي العبد في دينه، ثم أحضر المال الغائب فإن القاضي لا يبطل البيع، فدل أن ولاية القاضي في بيعه باقية، فجاز بيعه فلم يكن له على العين سبيل.

وليس كذلك الوصية، لأنه ليس للقاضي ولاية في إيجاب الوصية من جهة الميت فلم يجز قضاؤه فلم ينقطع حقه في العين، فجاز أن يسلمه إليه.

٦١٣- وإذا ترك الميت ثلاثة أعبد فأقام رجل البينة أن الميت أوصى له بهذا العبد، فلم يقض القاضي له، وأقر الوارث أنه أوصى بهذا العبد لهذا الرجل الآخر، وجحد الوصي للأول ثم زكى شهود الأول، فقضى القاضي بالعبد له وأبطل وصية المقر له، ثم أعتق المقر له العبد، ثم إن الوارث اشترى العبد من الموصى له لم يعتق العبد بالعتق الأول حتى يجدد عتقاً.

ولا يشبه هذا الموصى له بالعبد وعلى الميت دين عبط بما له فأعتقه الموصى له ثم يرئ الغرماء الميت من الدين بعد عتق الموصى له عتق بعتقه الأول.

والفرق أن الوصية للمقر له موقوفة، فإذا قضى القاضي بالبينة للموصى له الآخر

فقد جرى تملك فيما انعقد عليه العقد الموقوف، فبطل العقد الموقوف، كما باع لو عدا على أنه بالخيار، ثم اعتقه المشتري، ثم باعه البائع من آخر بطل العقد، كذلك هذا. وليس كذلك مسألة الدين، لأن الغرماء لا يملكون التركة للموصى له بالإبراء، وإنما يملكه الموصى له بالموت فالإبراء عن الدين لم يجز تملك فيما انعقد عليه العقد الموقوف، فجاز أن لا يبطل العقد الموقوف، وإذا لم يبطل العقد، ولكنه امتنع نفاذ عتقه لحق الغرماء فإذا أبرءوا زال المانع من نفوذ عتقه فنفذ.

ووجه آخر أنه استحق ما به نفوذ العتق، لأنه استحق بالوصية، وإذا قضى بالوصية لغيره بطل عتقه، ألا ترى أنه لو اشترى عبداً فأعتقه، ثم جاء آخر وأقام البينة أنه اشتراه من بائعه قبل شرائه، بطل عتق الأول، كذلك هذا.

وأما في مسألة الدين لم يستحق ما به نفوذ العتق، لأن القاضي لم يبطل الوصية وإنما حكم بالدين، والدين مقدم على الوصية، فامتنع نفاذ العتق لحق الغرماء، وإذا زال حق الغير نفذ ذلك العتق.

٦١٤- ولو أن رجلاً هلك وله ابن فادعى رجل أنه كان عبداً لأبيه، وأنه أعتقه وأنكر ذلك الابن جعلته خصماً وقضيت بإثبات الولاء. ولو ادعى أنه ابن لأبيه ولم يدع الميراث، وأراد أن يقيم البينة لم تقبل بينته.

والفرق أن الابن يخلف الأب في الولاء، ويقوم مقامه، ويصير كأنه أعتق العبد فلا يجعل كأن غيره أعتق، وانتقل إليه، لأن الولاء إذا ثبت من واحد لا ينتقل إلى آخر، وبديل أنه لو ترك المعتق ابنين ثم مات أحدهما فالولاء للحي، دون ورثة الميت. ولو كان بالانتقال لوجب أن ينتقل نصف ولأ الميت إلى أولاده، وبديل أنه لو ترك ابناً وابنة وأعتق عبداً فالولاء للابن دون الابنة، ولو كان على وجه الانتقال لثبت لهما جميعاً كالميراث فصار كأنه يقيم البينة على الابن أنه أعتقه فكان خصماً فيه فقبلت بينته.

وليس كذلك النسب لأنه لا يمكن أن يجعل كأنه استولد أمة، لأنه يصير حينئذ ابناً للابن لا أحاً له وإذا لم يخلف الابن الأب في النسب، ولا يجعل كأنه استولد صار يدعي استيلاد أبيه فلا يكون خصماً.

ووجه آخر أن استحقاق الميراث بالولاء لا يختلف بالأبوة والبنوة، بدليل أن من يحجب الابن يحجب الأب ومن شارك الابن شارك الأب، ألا ترى أنه لو ترك المعتق ابناً وأخاً وأباً، فإن الأب لا يرث مع الابن، كما أن الأخ لا يرث معه في قول أبي حنيفة ومحمد رحمة الله عليهما، فدل أن الميراث بالولاء لا يختلف بالأبوة والبنوة، فصار الابن

والأب خصماً في إثبات الولاء، كذلك الابن.

وليس كذلك النسب لأن الميراث بالنسب يختلف بالبنة والأبوة، بدليل أن من يحجبه الابن لا يحجبه الأب، ألا ترى أن الابن يحجب الأخ ولا يحجب الأب، حتى مات وترك ابناً وأخاً فإن الابن يحجب الأخ عن الميراث ولا يحجب الأب، بدليل أن الميراث بالنسب يختلف بالأبوة والبنة فلا يقوم الابن مقام الأب في النسب، ولا يمكن أن يجعل كأن الابن استولد أم المدعي فصار الفعل يدعى على الغير، فلا يكون الابن خصماً عنه.

٦١٥- إذا ادعى رجل أنه فقاً عين عبد له، والعبد حي وأراد أن يقيم البينة على المنكر للفقهاء لم تسمع بينته إلا بمحض من العبد. ولو ادعى أنه فقاً عين دابة له وهي حية سمعت بينته عليه من غير إحضار الدابة. ولو أقر أنه فقاً عين عبد له والعبد غائب يقضي عليه بأرش العين.

والفرق أن للعبد يداً على نفسه، بدليل أنه لو ادعى عليه الرق، كان القول قوله فيه، حتى أنه لو أنكر كان حراً إلى أن يقيم المدعي البينة على دعوى الرق، فقد أقر باليد في المدعي لغيره، فخرج من أن يكون خصماً ولا يسمع دعواه. وفي الدابة لا يد له على نفسها، وهي تحت غيره، فلم يقر لغيره فيما يدعيه لنفسه، فلم يخرج من أن يكون خصماً، فجاز أن تسمع دعواه. وأما الإقرار فالقطع إقرار بالتنازل من يده، لأن عبده في يده، فكلّف رده إليه، وإن كان اليد في ذلك العبد لغيره.

٦١٦- وإذا ادعى الوالد النصراني ولد جارية ولده، والولد مسلم لم يجز دعواه. ولو ادعى الوالد المسلم ولد جارية ولده النصراني جازت دعوته. والفرق أن الوالد إذا كان نصرانياً فلا ولاية له على ابنه المسلم، فلو نفذنا دعواه لنفذنا قوله عليه وهذا لا يجوز، كما لو شهد عليه. وأما إذا كان مسلماً فلو نفذنا دعواه لنفذنا قوله عليه، وقول المسلم يجوز تنفيذه على الكافر، كما لو شهد عليه.

٦١٧- عبد في يدي رجل أقام البينة أن فلاناً غصبه منه أو أجره منه، وأقام رجل البينة أنه عبده، غصبه منه الذي في يديه، فإن القاضي يقضي للمدعي بالعبد، فإن حصر الذي ادعاه صاحب اليد أنه غصبه منه فجاء بالبينة أن العبد عبده قضى على المدعي أندي أخذه له. ولو أقام العبد البينة أن صاحب اليد أعتقه وأنه كان عبداً له، وأقام صاحب اليد

البينة أنه كان عبداً لفلان أودعه إياه فإن كان القاضي يقضي بعثقه، فإذا أقام البينة أنه أودعه إياه، وأقام البينة أنه عبده لم ينتفع بذلك، ولا يرد العبد عليه. والفرق أن القضاء بالعتق يقع عاماً على جميع الناس، لاستحالة أن يكون حراً في حق واحد مملوكاً في حق آخر، وإذا وقع القضاء بالعتق عاماً لم يمكن رده في الرق، كما لو أقام البينة بالعتق على هذا المستودع. وليس كذلك الأموال، لأن القضاء في باب الأموال يقع خاصاً لا عاماً، لأنه لا يستحيل أن يكون الشيء ملكاً في حق واحد غير ملك في حق آخر، فلم يقع الاستحقاق على المدعي، فجاز أن يستحقه. ولأننا لو رددنا البينة لفسخنا العتق، والعتق إذا وقع لا يفسخ، فلا يرد عليه، وكان القضاء وقع عاماً، وفسخ الأملاك ونقلها جائز، فجاز أن يفسخ، فلا يرد عليه.

٦١٨ - ولو أن رجلاً في يده دار ادعى ابن أخيه أنها داره وورثها عن أبيه، وادعى رجل أجنبي أنها داره، وأقام الأجنبي شاهدين على العم بذلك، ولم يقم ابن الأخ البينة شاهدين حتى مات العم، فصارت في يد ابن الأخ، ثم أقام ابن الأخ البينة على الأجنبي وزكيت البيئتان قضيت بها بينهما نصفين. ولو أقام ابن الأخ البينة أولاً ثم مات العم، ثم أقام الأجنبي البينة على دعواه بعد موت العم، فإنه يقضى بجميع الدار للأجنبي. والفرق أن الأجنبي لما أقام البينة على العم لزمه نوع حجب في حقه، بدليل أنه يمنع من نقل اليد فيها إلى غيره، وحتى أنه لو أقر بالدار لغيره، ودفعها إليه فإنه لا تعاد البينة على المقر له، فاستبقيت يد العم فيه في حكم، وصار كما لو بقيت الدار في يده حتى أقام ابن الأخ البينة، ولو كان كذلك لقضى بينهما نصفين، لأن كلاهما يكونان خارجين، فقسم بينهما نصفين.

وأما إذا أقام ابن الأخ البينة في حياة العم ثم مات العم، وصارت الدار في يد ابن الأخ، فلم تسبق يده في الحكم، لأن الحق وجب لابن الأخ بإقامة البينة، وانتقاله إلى يد ابن الأخ حقه أيضاً، فصار المنع عن انتقال اليد إلى ابن الأخ حقه، وحقه لا يمنع حقه، فانتقلت اليد إلى ابن الأخ وصارت الدار في يديه، وهذا كما نقول في المريض إذا كان عليه دين الصحة فأقر لذلك الرجل في مرضه بشيء، فإنه يصح لهذا المعنى أن حقه لا يمنع حقه، وكذلك لو تزوج معتدة منه جاز، لأن حقه لا يمنع حقه، فلما أقام الأجنبي البينة صارت بيئته بينة خارج وبينة ابن الأخ بينة صاحب يد، وإذا اجتمع بينة الخارج وصاحب اليد كانت بينة الخارج أولى.

٦١٩- ولد المغرور حر بقيمته يوم الخصومة.

والمولى إذا ادعى ولد حارية مكاتبه فإنه يراعى قيمته يوم الولادة.

والفرق بينهما أن الولد في يد المكاتب الظاهر، لأنه ولد جاريته والمولى بالدعوى حار كالمتزاع الولد من يده من حين الولادة عند الدعوى، فكأنه انتزع الولد من يده في ثلث الحالة فيراعى قيمته وقت الانتزاع كما لو أخذ منه شيئاً آخر.

وليس كذلك ولد المغرور، لأنه ليس في يد غيره، وإنما حدث في يده بغير معنه، فصار أميناً فيه، فلا يغرم إلا بالمنع، والمنع إنما يكون بالطلب، والطلب يكون بالخصومة، فيراعى قيمته وقت الخصومة، وهذا على ظاهر الرواية، وروى ابن ساعدة أنه يراعى في ولد جارية المكاتب قيمته وقت الدعوى.

«كتاب الإقرار»

٦٢٠- إذا أقر أحد المتفاوضين بمال وهو صحيح والآخر مريض كان واجباً على

المريض، ويكون الدين دين مرض حتى يؤخر عن دين الصحة الذي وجب على المريض. ولو قال الصحيح لرجل: ما كان لك على فلان فهو عليّ، فمرض، ثم وجب له على فلان دين، وجب على الكفيل، ويكون الدين دين الصحة، فيقتضى من جميع المال.

والفرق أن في المسألة الأولى الدين وجب بإقراره لا بعقد المفاوضة، لأن في إسناده إلى حال العقد لإبطاله، لأنه لم يعين عند العقد واحداً بالضمان فبقي ضماناً للمجهول فيجب أن يبطل، كما لو قال: ضمننت لواحد من الناس ما يلزمه عليك، وإذا كان في إسناده لإبطاله لم يسنده وجعلنا الوجوب عليه بإقراره، والإقرار وجد في حال المرض، فكان الدين دين مرض، وصار كأنهما أقرّا به وهو مريض.

وليس كذلك إذا قال: ما بايعت فلاناً أو ما دار لك، لأننا لو أسندنا الوجوب إلى العقد لم يبطل، لأنه يصير ضماناً للمعلوم فيما يمكن إسناده إلى ذلك العقد الذي وجب له فأسندناه.

وجه آخر أن لكل واحد من المتفاوضين فسخ المفاوضة وإن كره الآخر، فصار بترك الفسخ إلى أن يصير الشريك ملتزماً بحكم إقراره باختيار، فكأنه أقرّ به في تلك الحالة وهو مريض فكان دين مرض، فيؤخر عن دين الصحة، وهذا كما نقول إذا وكل الصحيح وكلياً بأن يطلق امرأته، فمرض الموكل وطلقها الوكيل كان فاراً، لأنه لما قدر على العزل ولم يعزل صار كأنه وكله في حال المرض، وكذلك الصحيح إذا وكل وكلياً بأن يبيع مائه فمرض، ثم باعه الوكيل من وراث المريض لم يجز، لأنه يقدر على عزل فما لم يفعل صار

كأنه جدد الوكالة في المرض، كذلك هذا. وليس كذلك قوله ما دار لك على فلان فإنه لا يقدر على فسخ الكفالة بعد قبضها إلا برضا المكفول له، فلم يصبر بترك الفسخ ملتزمًا حكمه فلم يصبر كالمحدد التزامًا، فلا يصير دين مرض.

٦٢١- إذا أقر الوارث على مورثه بالدين، ثم مات المورث والوارث مريض فإن الدين يكون دين مرض، وإن كان الوجوب صادرًا عن القول في حال الصحة^(١). ولو قال الصحيح لرجل: ما كان لك على فلان فهو عليّ، فمرض الكفيل، ثم وجب له عليه مال فالدين دين الصحة.

والفرق أن الضمان يلزم الكفيل بذلك القول، وهو عقد الكفالة، إذ لولا ذلك ما لزمه، وذلك القول وجد في حال الصحة فكان الدين دين الصحة.

وأما في مسألة الوارث فوجوب الدين على الوارث بملكه التركة لا للإقرار إذ الإقرار سبب، والدليل عليه إنه لو مات المورث ولم يخلف شيئًا لا يجب على الوارث شيء، دل أن الوجوب بملكه، والملك حصل له وهو مريض، فصار الدين دين مرض. أو نقول لو أسندنا الضمان في مسألة الوارث إلى وقت الإقرار لأبطالناه، لأنه يصير مقرًا على الغير، وهو المورث، وإقراره على غيره لا يجوز. وإذا كان في إسناده إبطاله لم نسند.

وليس كذلك في الكفالة، لأننا لو أسندناه لم يبطله، لأنه يكون مقرًا على نفسه، وإقراره على نفسه جائز فأسندناه.

٦٢٢- وإذا قال: هذا الثوب عندي عارية لحق فلان، لم يكن إقرارًا له بالملك. ولو قال: هذه الدراهم عارية عندي لحق فلان، كان إقرارًا.

والفرق أنه أثبت له حقًا بعارية الثوب، والحق الذي بعارية الثوب قد يكون ملكًا، وقد يكون غير ملك، لأن للمستعير أن يعير، وكذلك لأب الصغير، وإن لم يكن لهما ملك، واللام تكون لام سبب، وسبب الشيء يتقدمه، فكأنه قال: هذا الثوب عندي عارية لجاره فلان وعرفه، لا يكون إقرارًا بالملك.

وليس كذلك الدراهم، لأنه أثبت له حقًا بعارية الدراهم وعارية الدراهم تكون قرضًا ويكون في جهات والحق الذي يجوز به الإقراض إنما يكون هو الملك، لأنه ليس

(١) انظر البحر (٥٠١/٨)، والمبسوط (٤١/١٨).

للأب والوصي أن يقرضا مال الصغير، فصار كأنه قال: هذه الدراهم عندي عارية لمنك فلان: فكان إقراراً بالملك كذا هذا.

٦٢٣- إذا قال له: علي مائة لا بل مائتين، لزمه مائتي درهم استحساناً. ولو قال: أنت طالق واحدة لا بل اثنتان، طلقت ثلاثاً.

والفرق أن الإقرار إخبار عن وجوب سابق، وليس بابتداء الإيجاب، بدليل أنه لو قال: أوجبت لك علي نفسي كذا درهماً، لا يلزمه، فإذا أقر بمائة ثم قال: لا بل مائتان أمكن أن يجعل الثاني إخباراً، فيجب أن يحمل عليه ولا يحمل على الإيجاب، لأن فيه صرف اللفظ عن ظاهره فصار كأنه أعاد المائة الأولى، واستدرك مائة أخرى ولو قال ذلك لزمه، كذلك هذا.

وأما في الطلاق فقوله: أنت طالق ظاهره إخبار، إلا أنه معدول عن ظاهره، مجعول في الشرع اسماً لا ابتداء إيجاب الطلاق، فصار اللفظ لكثرة الاستعمال حقيقة فيه، فصار ابتداء إيقاع، فقد أوقع واحداً ورجع عنه، ورجوعه لا يصح عن الطلاق، واستدرك اثنتين واستدراكه يصح، فطلقت ثلاثاً.

٦٢٤- إذا قال: لا تشهد لفلان علي ألف درهم. لم يكن إقراراً. ولو قال: لا تخبر فلاناً، ولا تقل له: إن لفلان علي ألف درهم. كان إقراراً في بعض الروايات.

والفرق أن قوله لا تشهد ليس بنهي عن إقامة الشهادة، لأن النهي عنها لا يصح، ولا يحل له ذلك ويأثم به، قال الله تعالى: ﴿وَلَا يَأْتِ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا﴾ [البقرة: ٢٨٢] فلم يحمل عليه كلامه، فلا يجعل نهياً فصار نهيًا، فكأنه قال: لا شهادة عندك لفلان علي فلان كذباً علي، ولو قال هكذا لا يكون إقراراً. كذلك هذا.

وليس كذلك قوله: لا تخبر، لأن النهي عن الإخبار يصح مع وجود المخبر عنه، بدليل قوله تعالى: ﴿وَإِذَا جَاءَهُمْ أَمْرٌ مِّنَ الْأَمْنِ أَوْ الْخَوْفِ أَدَّاعُوا بِهِ﴾ [النساء: ٨٣] فذمهم على الإخبار مع وجود المخبر عنه، بدليل أنه لو نهاه عن الإخبار بشيء صح ولا يأثم، فحمل لفظه على النهي عن الإخبار، ومن شرط صحة الإخبار بعدم المخبر في الإثبات، كذلك في النهي، فكأنه أثبت المخبر عنه، فقال: لفلان علي ألف درهم، فلا يخبره بأن له علي ذلك، ولو قال ذلك كان إقراراً، كذلك النهي.

٦٢٥- إذا أقر لأجنبية ثم تزوجها ومات عنها، أو أقر لأجنبي ثم والاه بعد ذلك

ومات عنه وهو وارثه جاز إقراره^(١). ولو أقر لأخيه وله ابن ثم مات ابنه ومات المريض بعد ذلك والأخ وارثه بطل إقراره.

والفرق أن استحقاق الميراث في الأخ بالقرابة، والقرابة متقدمة على الإقرار بقدر سبق سبب الحجر على الإقرار فمنع صحة الإقرار، كما لو مرض وأقر لوارثه. وأما في الولاء والزوجية فاستحقاق الميراث بالعقد، وهو الولاء والنكاح، والعقد متأخر عن الإقرار، فقد تأخر سبب الحجر عن الإقرار فلم يمنع صحة الإقرار، كما لو أقر له في حال الصحة ثم مرض فإنه لا يمنع صحة إقراره، كذلك هذا.

٦٢٦- إذا مات وترك ألف درهم وابناً فقال الابن في كلام متصل: لهذا على أبي دين ألف درهم، ولهذا ألف درهم، فالألف بينهما نصفان، ولو أقر للأول وسكت، ثم أقر للثاني فالأول أحق بالألف^(٢). ولو قال لامرأته أنت طالق وطالق وهي غير مدخول بها بانت بالأول ولا يقع الثاني، سواء قال موصولاً أو مفصلاً.

والفرق أن قوله: لهذا على أبي ألف درهم إخبار، فلو قلنا يقف على آخر الكلام لم يخرج من كونه إخباراً، والكلام مما يقف بعضه على بعض، قلنا إنه يقف أول الكلام على الأخير فصار كأنه أقر بهما معاً.

وليس كذلك الطلاق لأن قوله: أنت طالق إيقاع فإن قلنا: إنه لا يقع ويقف الطلاق على الثاني لأخرجناه من أن يكون إيقاعاً، وجعلناه تعليقاً، وهو قد قصد الإيقاع لا التعليق، فقلنا: لا يقف فأوقفناه، وإذا وقع الأول بانت فلا تلحقها الثانية.

ووجه آخر أن قوله: لفلان على أبي ألف درهم، إيجاب الحق في الذمة وليس بإضافة إلى عين، وتعلق الألف الثاني أيضاً بذمته، وتعلق الشيء بذمته لا يمنع تعلق الآخر فنبتاً جميعاً، ثم انتقل إلى التركة، كما إذا علق الطلاقين بدخول واد ثم دخل وقع الطلاقان وإن كان اللفظ مختلفاً، كذلك هذا.

وأما في الطلاق إذا لم يعلق بالشرط فيهما فقد أوقع الأول لإضافته إلى عين ونفذ فصار يوقع الثاني بعد نفوذ الأول فلم يعمل، كما لو أقر بعين لإنسان ثم أقر تلك العين لآخر لم يجز إقراره، كذلك هذا.

٦٢٧- لو قال: لهذا على أبي ألف درهم، لا بل لهذا، قضى بالألف للأول. ولو قال:

(١) انظر البحر (٥٠١/٨)، والمبسوط (٤١/١٨).

(٢) انظر البحر (٥٠١/٨)، والمبسوط (٤١/١٨).

هذه الألف عندي وديعة لفلان، لا بل لفلان الثاني فإنه يغرّم للثاني ألف درهم. وكذلك قال: غصبت من فلان ألف درهم، لا بل من فلان آخر غرم للثاني ألف درهم. والفرق أن التركة مبقاة على حكم مال الميت، بدليل أنه يقضي منها ديونه ويتعد رصاياه، فقد أقر للأول بالألف، وتتعلق بملك غيره، فإذا عجز عن تسليمه لم يغرّم له شيئاً.

وليس كذلك الوديعة، لأنه مأمور بحفظ الوديعة وترك التضيق، فإذا أقر للثاني فقد ضيع الوديعة فغرّمها، كما لو دل السارق على الوديعة، وكذلك الغصب وهو مفرّ بوجوب رد العين، فإذا أقر أولاً فقد أوجب رد القيمة، وفي المسألة الأولى لم يوجب على نفسه شيئاً، ولا التزم ضماناً، فلا يغرّم.

٦٢٨ - إذا كانت دار بين رجلين أقر أحدهما ببيت بعينه منها لرجل، وأنكر صاحبه فإن صاحبه يقسم له نصف الدار، فإن وقع البيت في نصيب المقر سلم الجميع للمقر له^(١). ولو كان عدل زطي^(٢) بين رجلين فأقر أحدهما بثوب بعينه منه لرجل كان نصيبه من ذلك الثوب للمقر له، ولا يؤمر بأن يقاسم شريكه، حتى أنه لو وقع في نصيب المقر سلم الجميع إلى المقر له، كما لو قال في الدار.

والفرق أنا لو جوزنا إقراره بنصف البيت لأدى إلى إضرار شريكه، لأنه يحتاج أن يقسم الدار قسمتين قسمة مع المقر وقسمة مع المقر له، وربما يتعين نصيبه في الدار في موضعين، ولا يجوز إدخال الضرر على شريكه بإقراره، فلم يجز في نصف البيت، ولكن الشركة اتصلت بحق الثالث وهو المقر له، فصار كما لو طلب أحد الشركاء الثلاثة القسمة قسمه، كذلك هذا.

وليس كذلك العدل^(٣) لأن كل ثوب مشترك بينهما فإذا أقر بثوب فقد أقر بنصف ثوب له ونصف لشريكه، فلو جوزنا إقراره فيما يصادف ملكه لم يؤد إلى الإضرار بشريكه، لأنه لا يحتاج إلى قسمة الثياب مرتين، ويبقى ذلك الثوب مشتركاً بينهما كما لو كان مشتركاً بينه وبين المقر، ولا يؤدي تنفيذ إقراره إلى الإضرار بغيره، فجاز أن ينفذ.

٦٢٩ - إذا قال: هذه الدار لفلان إلا بناها فإنه لي. لم يصدق على البناء وسلم الجميع للمقر له. ولو قال: هذه الدار لفلان إلا بيّنا منها - معلوماً - فإنه لي صدق على

(١) انظر البحر (٥٠١/٨)، والمبسوط (٤١/١٨).

(٢) الزط: جبال من جبال السند، ويعرف بالجيل الأسود.

(٣) العدل: بكسر العين وسكون الدال المتاع.

استثناء البيت. ولو قال: بعثك هذه الدار إلا بناها صح البيع في الأرض دون البناء.
والفرق بين البيت والبناء أن البناء تبع للدار وصفة لها، بدليل أنه لا يجوز إفراد
البناء بالعقد، ويدخل في بيع الدار على طريق التبع، فإذا استثنى البناء فقد استثنى التبع.
وبقي المتبوع، فقد بقي من الإقرار ما يوجب دخول البناء فيه، فدخل كما لو قال: هذا
العبد لفلان إلا يده أو رجله أو هذا السيف لفلان إلا حليته.

وليس كذلك البيت، لأن البيت ليس يتبع للدار ولا صفة لها، وإنما هو بعض منها،
ألا ترى أنه يجوز إفراده بالعقد، فصار كدرهم من العشرة، ولو قال: لفلان علي عشرة
دراهم إلا درهماً، كان إقراراً بالتسعة، كذلك هذا.

وجه آخر أن البناء مستهلك في الدار، بدليل أنه لو باع البناء أو باع الأرض بدون
البناء لا يجوز لأنه لا يصل إلى تسليم الأرض إلا بنقض البناء فيلحقه ضرر وإذا كان
مستهلكاً فيه لا يصح استثناءه.

وأما البيت فليس بمستهلك في الدار، بدليل أنه يجوز بيع كل واحد بمفرده فجاز
استثناءه.

والفرق بين البيع والإقرار أن اسم الدار يبقى بعد زوال البناء، فقد بقي بعد
الاستثناء ما يوجب دخول البناء فيه وهو اسم الدار، وقوله إلا البناء رجوع ورجوعه عما
أقر به لا يجوز فبقي الإقرار مطلقاً بالدار فدخل البناء فيه.

وأما في البيع صار رجوعاً عما أوجب، ورجوعه عما أوجب للمشتري جائز قبل
القبول فلم يجب تسليمه إلى المشتري، ولا يلزم إذا قال: هذه الدار لفلان إلا ثلثها أو
عشرها فإنه يصح، لأنه لم يبق من اللفظ ما يوجب دخول الجميع فيه وهو الدار، لأن
ثلثي الدار لا يسمى داراً فلهذا لا يستحقه بخلاف مسألتنا.

٦٣٠- رجل له جارية فولدت ولداً فأقر بالجارية لإنسان لا يدخل الولد في الإقرار،
ولا يلزمه تسليمه إلى المقر له. ولو أقام رجل البينة أن هذه الجارية له قضي له بها وبولدها.

والفرق أن البينة على الملك المبهم يوجب الاستحقاق من الأصل، بدليل أن
البياعات تنفسخ إذا استحق من يدي المشتري الأخير هذه البينة، فإذا أقام البينة استحقا
من الأصل، فيجعل كأن الجارية لم تزال كانت له فيكون ولدها له.

وأما الإقرار فلا يجب الاستحقاق من الأصل، بدليل أن البياعات لا تصح إذا أقر
المشتري الأخير لإنسان، وإذا لم يكن استحقاقاً من الأصل صار استحقاقاً في الحال فصار
استحقاقاً بالإقرار في الحال كاستحقاقها في الحال بالشراء، ولو اشتراها لم يتبعها ولدها،

ووجه آخر أن الاستحقاق بالينة لا يصح إلا بعد أن يحمل يده يد غضب، لأنه لم يجعل يد غضب لما حاز أن يستحقه إلا من جهته، ألا ترى أنه لو ادعى أنه اشترى هذا الشيء من فلان وأنكره فلان، ثم أقام المدعي البينة أنها له لم تقبل بینه، لأنه ثبت أن يده لم تكن يد غضب، فلا يجوز أن يستحق إلا من جهته، فإذا لم يدع الاستحقاق من جهته لم تقبل، وإذا ثبت أن يده يد غضب فهذه جاريته ولدت في يد الغاصب مع حب أن يكون للمغضوب منه.

وليس كذلك الإقرار، لأن استحقاق بالإقرار لا يوجب أن يجعل يده يد غضب، إذ لو جعل يده يد غضب لجاز أن يقر لغيره فجاز أن يكون يده ملك لنفسه في الأصل، فيكون الولد حادثاً له، ثم ملكه بعد ذلك فأقر له به فلا يوجب استحقاقه الولد.

٦٣١- ولو أن مريضاً عليه دين يحيط بماله أقر بقبض دين له على أحسن كان جائزاً، إذا كان الدين وجب في الصحة^(١).

وإذا كان ذلك في المرض لم يجز إقراره بقبضه في مرضه.

والفرق بينهما أن الدين إذا كان واجباً في حال الصحة فحق العقد أوجب البراءة له بقوله له استوفيت، والعقد وجد في حال الصحة، وحق الغرماء تعلق بماله في أول جزء من أجزاء مرضه، فقد سبق وجوب حق البراءة بقوله له: استوفيت تعلق حق الغرماء به، مصدر حق الغرماء متأخراً عن حقه، والحق السابق يقدم على المتأخر كدين الصحة والمرض.

وأما إذا أوجب الدين في حال المرض فحق العقد أوجب البراءة بقوله استوفيت في أثناء المرض، وحق الغرماء تعلق بماله في أول جزء من أجزاء مرضه، فقد سبق تعلق حق الغرماء بماله في وجوب حق البراءة بقوله: استوفيت، والحق السابق يقدم على المتأخر فكان أولى.

أو نقول من وجه آخر أن عند العقد أوجب البراءة بقوله استوفيت وانعقد ما بقي حكمه فيبراً بقوله استوفيت.

وليس كذلك إذا أوجب في حال المرض، لأن حق العقد لم يوجب له البراءة بقوله استوفيت فصار بالإقرار يسقط حق الغرماء عما تعلق به، فلم يجز، ولأن وحيه يبدل لم يتعلق به حق الغرماء، لأن حق الغرماء لم يتعلق بماله في حال الصحة، فلم يكن في تجويز

(١) انظر المبسوط للرخسي (٨٣/١٨).

إقراره بقبضه لإبطال حق الغرماء ببدل، فكذلك جاز لإقراره، وأما إذا وحب في حال المرض فلا أن وجوبه بترك تعلق حق الغرماء به، فكان في تجويز إقراره بقبضه لإبطال حق الغرماء، وهذا لا يجوز.

٦٣٢- وإذا وكل المريض رجلاً بقبض دين له، فمات الموكل فقال الوكيل: قبضت ودفعت إليه. لم يصدق. ولو وكله ببيع عبد له، ولا دين عليه، فباعه بالقيمة بشهود، ثم قال بعد موته: قبضت الثمن ودفعته إليه. فهو مصدق.

والفرق أن في المسألة الأولى أقر بما ليس له أن يثبته فيفعله، لأنه ليس له أن يقبض بعد موت الموكل فلم يصح إقراره به فلم يثبت القبض، فلم يبرأ المطلوب. وأما في البيع فإنه أقر بما له أن يثبته فيفعله، لأن حق القبض واجب له بالعقد لا التوكيل، لأن حقوق العقد تتعلق بالعقد، والعقد باق فبقي حقوقه، فكان له القبض فصديق في إقراره، فقد ادعى الدفع إلى من جعل الدفع إليه، فكان القول قوله، كالمودع إذا قال: رددت الوديعة.

٦٣٣- وإذا وكل المريض وكيلاً ببيع متاع له، فمات المريض والمتاع مستهلك، فقال الوكيل: بعث المتاع واستوفيت الثمن وضاع. ولم يعرف من اشتراه، فالوكيل مصدق. ولو كان المتاع قائماً بعينه، والذي اشتراه معروف، وهو مقر بذلك فإنه لا يصدق، ويكون المتاع للورثة، إذ التركة أعيان فتورث.

والفرق ليس ها هنا عين، فلم يتعلق حق الورثة، ولم يطل حقهم بإقراره، فصار لإقراره على موكله، وحق القبض وجب له بالعقد وقد أقر بما له أن يثبته بقبضه فصديق في إقراره.

وليس كذلك إذا كان المتاع قائماً بعينه، لأن الظاهر أن العين مورث للوارث وأنها ملك لهم، وحق التصرف وجب بالتوكيل والتوكيل بطل بموت الموكل، فصار يقر بما ليس له أن يثبته فيفعله، وفي ذلك لإبطال حق الورثة فلا يصدق.

٦٣٤- إذا أقر الوصي بقبض جميع مال الميت على فلان وهو مائة درهم، فقال فلان بعد ذلك: له علي ألف درهم، وقد قبضها الوصي، فقال الوصي: أنا ما قبضت منك إلا مائة درهم، فإنه يؤخذ من الغريم تسعمائة درهم^(١). ولو كان المال له في الأصل

(١) انظر حاشية ابن عابدين (١٠١/٨) والبسوط (١٤٤/١٨) ونخبة الفقهاء (٢٥٦/٣) والبدائع (٥١/٦).

كان هو العاقد في مال الصبي، فأقر أنه استوفى جميع ما عليه وهو مائة درهم، وقال العبد: لا بل كانت ألفاً وقد قبضها فإنه يبرأ من جميع الألف.

والفرق أن الوصي أقر باستيفاء جميع المال، ونسب الجميع بالمائة، وهو في الكلام له بفصل، ولم يقطع، حتى انعقد بتفسيره ثبت أن المقبوض مائة، ولم يصدق هذا عليه في زيادة القبض إلا أنه بتسمية المائة جميع ما عليه صار ميراثاً عما زاد على مائة درهم مكانه قبض مائة، والبراءة عن الباقي لا تصح، لأن إبراء الوصي عن مال الصبي لا يجوز إذا لم يكن هو العاقد، فبقي المال عليه. وإذا كان هو العاقد أو كان المال له جاز إبراءه، كذلك هذا فافترقا.

٦٣٥- ولو أن وصياً باع خادماً للورثة فاشهد أنه استوفى جميع ثمنها وهو مائة درهم فقال المشتري: بل كانت مائة وخمسين. فالقول قول الوصي، ولا يكون لغوصي أن يتبعه بالخمسين الفاضلة.

ولو أقر الوصي أنه استوفى من فلان مائة درهم وهو جميع الثمن، فقال المشتري بل مائة وخمسين، كان الموصي أن يتبعه بالخمسين الفاضلة.

والفرق أنه لما قال: قبضت جميع ما عليه. فقد أقر بقبض جميع الثمن، وقوله: وهو كذا. تفسير له، فقد فسّر المقبوض في وقت لا يحتاج فيه إلى بيانه، لأنه لو اقتصر على قوله استوفيت جميع ما عليه كفى، فلغا التفسير، وصار كأنه لم يكن فلا يتبعه بشيء. وأما إذا قال: قبضت مائة، فقد سبى الثمن في حال: يرجع في بيانه إلى قوله، لأنه لا يقر بالاستيفاء، فصدق في مقدار المقبوض وهو مائة، فكأنه لم يقر بالزيادة فكان له أن يتبعه.

ووجه آخر أن قوله: استوفيت جميع ما عليه مبهم، وهو هكذا مفسر معلوم. والمبهم يفسر بالمعلوم فانعقد بتفسيره، وصار بتسميته ذلك جميع ما عليه ميراثاً عن الباقي فصح إبراءه، لأنه العاقد، وحق القبض وجب له.

وإذا قال: استوفيت مائة درهم وهو جميع ما عليه، فقد فسّر المعلوم بالمبهم. والمعلوم لا يفسر بالمبهم فلغا التفسير فكأنه لم يقل شيئاً بقي مقراً بقبض المائة فله أن يتبعه بالزيادة.

٦٣٦- ولو أن وصياً أقر أنه قبض جميع ما في منزل فلان من متاعه وميراثه ثم قال بعد ذلك: مائة درهم وخمسة أثواب، فأقام الوارث البينة أنه كان في منزله يوم مات أنف درهم ومائة ثوب لم يلزم الوصي أكثر مما أقر به. ولو أقر أنه استوفى جميع ما لم يمت على

فلان من الدين، ثم أقام الوارث البينة أنه كان له على ألف درهم، فإنه تلزمه الزيادة.
والفرق أن كونه في ميراثه يوم مات لا ينبيئ عن كونه في منزله يوم قبض الوصي،
لأنه يجوز أن يكون ذلك اليوم في منزله ثم قبضه غيره، فلم يلزم الوصي هذه البينة شيء،
فكان القول قوله في مقدار ما قبض.

وليس كذلك إذا أقر بقبض جميع الدين، لأن كونه عليه يوم مات ينبيئ عن كونه
يوم قبض، لأنه لا يكون لغير الموصي أن يقبض دينه، فوجب استبقاؤه إلى وقت قبضه،
فلزمه مقدار ما قامت به البينة.

٦٣٧- ولو قال لامرأته: تزوجتك أمس فقالت: لا، ثم قالت: بلى، فقال: لا. لزمه
النكاح. ولو قال: لك على ألف درهم، فقال: لا، ثم قال المقر له: نعم، فقال المقر: لا.
لا يلزمه.

والفرق أن الإقرار بالنكاح إقرار تحته دعوى، بدليل أنه لو أقام البينة على ذلك
قبلت، والتكذيب يبطل الإقرار، ولا يبطل الدعوى فبقي دعواه فإذا صدقه نفذ.
وليس كذلك الإقرار بالمال، لأن ذلك بمجرد إقراره لا يستوى به دعوة الإبراء، ألا
ترى أنه لا يخالف عليه ولا يقبل البينة، والتكذيب يبطل إقراره فلم يبق إقراره، فلا
يصدق به.

٦٣٨- إذا قال لرجل: أنا عبدك، ثم قال: لا، ثم قال: بل أنت عبدي، فإنه يكون
عبده، ولا يكون نفية هذا شيئاً. ولو كان في يده عبد فقال: هذا العبد لك، فقال: لا، ثم
قال: نعم. فإنه لا يكون له، ويكون للذي هو في يده.
والفرق أن جحوده لا يبطل الرق، فإذا ادعاه بعد ذلك والرق باق صح دعواه إذا
لم يكن فيه إبطال حق غيرهما.

والمسألة الثانية لما رد إقراره وأرتد وحكم بالملك له، فلو قبلنا دعواه بعد ذلك
لأدى إلى إبطال حق صاحب اليد، وهذا لا يجوز، لأنه يصير مستحقاً للحق بدعواه من
غير إقرار.

٦٣٩- وإذا قال: هذا العبد لفلان ثم ادعى أنه اشترى منه قبل الإقرار لم يقبل ذلك
منه. ولو قال: هذا العبد لفلان اشتريته منه، فوصله بإقراره، ثم أقام البينة على الشراء،
فقبلت بينته استحساناً.

والفرق أن لفظ الحال يطلق ويراد به الماضي، ويقال: هذه دار عمرو بن حرب،
ودار عمر بن الخطاب. يعني كانت داره، وقال النبي عليه السلام لبلال «ألا إن العبد قد

نام^(١) باسمه المتقدم، فلما قرن به دعوى الشراء فقد اقترن باللفظ ما دل على أنه أراد به إيجاباً عن الملك الماضي، فكانه قال: «كان لفلان واشترته فصدق»^(٢).

وأما إذا لم يقل موصولا فلم يقرن باللفظ ما دل على أن المراد به الإيجاب عن الملك في الماضي، فصار إقراراً بالملك في الحال، فإذا ادعى الشراء كان مدعياً الشراء قبل الإقرار فيكذبه إقراره الأول في دعواه الثاني، فلم يصدق.

٦٤٠ - إذا كاتب المريض عبداً له في مرضه على ألف درهم وقيّمته ألف درهم ثم أقر باستيفائه، جاز، وعنت من الثلث. ولو كان عقد الكتابة في الصحة، فأقر بالاستيفاء في حال المرض، جاز، وعنت من جميع المال.

والفرق أن حق الورثة تعلق بماله في أول جزء من أجزاء مرضه، وحق العقد يوجب البراءة بقوله: استوفيت في أثناء مرضه، فحق الورثة متقدم على حق العبد، فكان الحق السابق أولى، كدين الصحة والمرض.

وليس كذلك إذا كان عقد الكتابة في حال الصحة، لأن حق الورثة تعلق بماله في أول جزء من أجزاء مرضه، وثبت للمكاتب حق البراءة بقوله: استوفيت في حال الصحة، والحقوق المتأخرة لا تمنع الحقوق السابقة، فكانت السابقة أولى.

ولأن حق الورثة تعلق برقبة العبد، فمال الكتابة وجب بدلا عما تعلق به حق الورثة، فاعتبر من الثلث.

وإذا كاتب المكاتب في حال الصحة فوجب مال الكتابة ببدل لم يتعلق به حق الورثة، لأن حق الورثة لا يتعلق بما له في حال الصحة، فإقراره بالاستيفاء لا يؤدي إلى قطع حق الورثة فجواز أن لا يعتبر من الثلث.

٦٤١ - إذا باع المريض عبداً من آخر وأقر باستيفاء الثمن جاز، وكان من جميع ماله. ولو كاتب في المرض فأقر باستيفاء مال الكتابة اعتبر من الثلث.

والفرق أن العبد بالبيع قد زال ملكه، وانقطع حق الورثة عنه، فصار الثمن بمنزلة دين للأجنبي، فإذا أقر المريض باستيفائه، ولا دين عليه، صدق.

(١) رواه عبد الرزاق في المصنف (٤٩١/١) والطحاوي في شرح معاني الآثار (١٣٩/١) والبيهقي في الكبرى (٣٨٤/١) وأبو داود (١٤٦/١).

(٢) انظر المبسوط للسرخسي (١٣٥/١) وشرح فتح القدير (٢٥٤/١) وبداية المجتهد (٧٨/١).

وأما المكاتب فلم يزل ملك المولى يعقد الكتابة، ولم يقطع حق الورثة، فصار له بقوله: استوفيت مال الكتابة. يقطع حق الورثة عن رقبته، فاعتبر من الثلث، كما لو وهبه. ٦٤٢- إذا مرض الرجل وعليه دين، فقطع رجل يده عمدًا أو خطأ، فصالحه من العمد على ألف درهم، ثم أقر باستيفائه وهو مريض، صدق. ولو غصب منه في مرضه فأقر باسترداد المغصوب، لم يصدق.

والفرق أن ضمان اليد ضمان جنائية، وحق الغرماء لم يتعلق بأطرافه لأن أعضاء الحر لا تستحق في الديون، فلم يكن بإقراره قاطعًا به حق الغرماء عما تعلق به حقهم فجاز.

وليس كذلك المغصوب، لأنه مال: فوجوبه يبدل لا يمنع تعلق حق الغرماء به، فصار بإقراره بالحق يسقط حق الغرماء، وبقطع حقهم عما تعلق حقهم به، فلم يجز، كما لو وهب ماله في مرضه ابتداء.

فإن قيل رقة العبد يتعلق بها حق الغرماء، وهو مال، ومع ذلك ولو قتله رجل وقطع يده، ثم أقر المريض باستيفاء نصف القيمة صدق. والجواب: أن العبد وإن كان مالا فوجوبه بالجنابة، وهي إتلاف فصار كالجناية على الحر.

٦٤٣- إذا باع الصحيح عبدًا، وقبضه المشتري، ثم مرض البائع، فأقر أنه استوفى الثمن، ومات المريض، فوجد المشتري بالعبد عيبًا فردّه بقضاء، ولم يجش العبد ليسترد الثمن، ولكنه سلمه إلى الورثة، فإن الغرماء أحق بمال الميت حتى يستوفوا حقهم، فإذا بقي لهم شيء بيع هذا العبد فضربوا مع المشتري في ثمنه. وإذا كان لرجل عبد مأذون عليه دين، فباع المولى منه عبدًا، ولم يمسكه لاستيفاء الثمن، وسلمه إلى العبد، لا يكون للمولى أسوة الغرماء.

والفرق أنه وجب للمشتري حق الاختصاص بالعين، بدليل أنه أولى بإمساكه، وله حق في العين، بدليل أنه لو أتلّفه البائع يغرّم قيمته، فإذا رده أبطل حقه من الاختصاص بالعين، فبقي حقه في العين، وحق الغرماء أيضًا وجب في العين، فاستويا كدين الصحة.

وأما المولى فقد وجب له حق الاختصاص بالعين ولم يكن له حق في العين، لأن العبد لو استهلك ما لا للمولى لا يجب الضمان للمولى عليه، لأنه لا يجوز وجوب ضمان الدين للمولى على عبده فإذا سلمه للعبد فقد أبطل اختصاصه بالعين فبطل ولم يبق له في العين حق فلا سبيل له عليه، وكذلك المرتّين لا حق له في عين الرهن، بدليل أن الرهن لو

استهلكه لا يغرم قيمته للمرتن، وإنما له حق الاختصاص بالعين فإذا رده أبطل حقه في الاختصاص، ولم يبق له في العين حق، فساوى سائر الغرماء.

٦٤٤- وإذا باع الصحيح عبداً بألف ثم مرض وعليه دين، فأقر أنه قد كان أياً المشتري في صحته من الثمن، ثم مات المريض لم يصدق، ولو أقر بالاستيفاء صدق. والفرق: أن البراءة ليست من موجب العقد، بدليل أنه لا يجبر عليه، فصار متبرعاً بالبراءة، فصار كما لو أقر في حال مرضه أنه وهب في الصحة وعليه دين، فلم يصدق على التقديم، وجعل كالواهب في الحال، كذلك هذا وتبرعه في الحال لا يصح، فلم يجز.

وليس كذلك الاستيفاء، لأنه من موجب العقد، بدليل أنه يجبر عليه، فقد أقر بما هو من موجب العقد وذلك الإقرار حق المشتري، لأنه وجب للمشتري بحق العقد للبراءة بقوله: استوفيت في الصحة، وحق الغرماء تعلق بماله في أول جزء من أجزاء مرضه، فكان السابق أولى، كدين الصحة ودين المرض.

ووجه آخر أنه لا يقدر على ابتدائه فيوجبه، لأنه لو أبراه في الحال لم يصح، فلا يقدر على الإقرار به.

وليس كذلك الاستيفاء، لأنه يقدر على أن يتدنى فيستوفي، فيقدر على الإقرار، فإذا أضافه إلى حالة الصحة ولم يقدر على حالة التقديم جعل كالفاعل في الحال، فكأنه استوفى في حال المرض فصح.

٦٤٥- إذا تزوج امرأة لا يعرف لها نسب، فأقرت أنها ابنة هذا الرجل، والرجل أبو الزوج، فصدقها الأب وكذبها الزوج، صدقت، وفرق بينهما. ولو أقرت بالرق لأجنبي، وكذبها الزوج، ولم يقر المقر له بالإذن في النكاح، لم يطل النكاح.

والفرق أن كونها مملوكة لأجنبي لا ينافي عقد النكاح عليها، بدليل أن المولى لو أجاز ذلك النكاح جاز، والعقد قد صح في الظاهر وهي بإقرارها لا يتبين أن ذلك العقد لم يكن عقداً، وإنما تريد إثبات معنى يفسخ به عقد قد صح في الظاهر فلم تصدق.

وليس كذلك النسب، لأن كونها أختاً له يمنع جواز العقد عليها، فهي تبين بقولها أن ما جرى بينهما لم يكن عقداً، فجاز أن يقبل قولها، وإن كانت بحال لو أرادت إبطال عقد قد صح في الظاهر لم يقبل قولها، كما باع عبداً ثم أقام البينة أنه حر الأصل، قبلت بيته، وسمع دعواه، ولو أقام البينة أنه لم يكن لي، وإنما غصبته من فلان، لم يصدق، كذلك هذا.

وروجه آخر أن العقد قد صح في الظاهر في حال الحرية، والرق طارئ بإقرارها، فله
يطل النكاح، كالزوجين إذا نسا.

وفي النسب العقد قد صح في حال الحرية، والأخوة طارئة، والنسب الطارئ يطل
النكاح، كالأخوة الطارئة بالرضاع.

٦٤٦- إذا أمر رجلا أن يشتري له جارية بألف فاشترى، فقال البائع: بعثتها بألف،
وقال الأمر: اشتريتها بألف، فقال المأمور: إنما اشتريتها بألف وخمسمائة فهي لي، فالقول
البائع وللأمر أن يأخذها بألف فإن أراد المشتري يمين الأمر بالله ما يعلم أن المشتري اشتراها
بألف وخمسمائة فأبى أن يحلف، أخذ المأمور الجارية بألف درهم. ولو قال المشتري:
اشتريتها بمائة دينار، وقال البائع: بعثتها بألف درهم كما قال الأمر، وأخذ الأمر الجارية من
البائع بألف، وأبى أن يحلف على العلم، أخذ المشتري الجارية من الأمر بغير شيء.

والفرق أن في زعم الأمر أنه لو حلف للبائع في حق الإمساك لأن كان للبائع حق
الإمساك بألف درهم، والأمر لو أمسك بعد ما نكل عن اليمين لأمسك بمائة دينار، وإذا لم
يحلف للبائع في حق الإمساك صار متبرعا بقضاء دين المأمور من غير أن يستفيد به حق
الإمساك، فلم يكن له أن يمسه، والبائع قد أخذ الثمن، فجاز له أن يأخذ الجارية بغير شيء.
وليس كذلك إذا كان الثمنان دراهم لأن في زعم الأمر أنه يحلف للبائع في حق
الإمساك، لأنه كان للبائع حق الإمساك بألف درهم، والأمر لو أمسك لأمسك بألف
 وخمسمائة، فقد ادعى ذلك الحق وزيادة وادعى حق الحبس به، فكان له حيسه.

٦٤٧- ولو أن رجلا قال: له عليّ مع كل درهم لزمه درهمان. ولو قال لامرأته:
أنت طالق تطليقة مع كل تطليقة، طلقت ثلاثا.

والفرق أن حرف «كل» إذا دخل على نكرة اقتضى استيعاب الجميع، كقوله
تعالى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ ذَائِقَةُ الْمَوْتِ﴾ [آل عمران: ١٨٥]، ﴿وَكُلُّ مَنْ عَلَيْهَا فَانٍ﴾ [الرحمن: ٢٦]، والطلاق ذو عدد محصور، فإذا أدخل عليه حرف كل اقتضى استيعاب
الجميع، فصار كما لو قال: أنت طالق واحدة مع ثلاث تطليقات، ولو قال ذلك وقع
الثلاث، كذلك هذا.

وليس كذلك الدراهم، لأن الدراهم ليس لها حاصر يحصرها فصار إدخال حرف
الكل له للإحاطة بأجزائه، فكان قال: له عليّ درهم مع أجزاء جملة دراهم آخر، ولو قال
هكذا لزمه درهمان، كذلك هذا والله أعلم.

كتاب الوكالة

٦٤٨- إذا قال: لفلان علي ألف درهم، وأنت وكيله في قبضها. أحرر على تسليم الدين إليه.

ولو قال: هذا العبد لفلان، وأنت وكيله في قبضه لا يجبر على تسليمه.

ولو قال: أنت وصي فلان. فإنه لا يجبر على تسليم العين والدين إليه.

والفرق بين هذه المسائل أن إقراره بالدين يصادف ملك نفسه، لأن الدين يكون في الذمة، وما في ذمته يكون ملكاً له إلى أن يقبضه صاحب الحق، فصادف إقراره ملك نفسه فصدق فيه .

وليس كذلك العين، لأنه ملك المقر له، فصادف إقراره ملك غيره، فلا يعمل إقراره.

وأما الوصي بإقراره بالعين يصادف ملك غيره، فلم يؤمر بدفعه، وإقراره بالدين يوجب إبطال حق صاحبه من القبض، لأن الوصي لا يقبض إلا بعد موت الموصي، وسقوط حقه من القبض بنفسه، وإقراره في إسقاط حق الغير لا يقبل، فلم يؤمر بالدفع إليه.

ووجه آخر وهو أن في باب الدين لو صدقناه في إقراره والزمناه بتسليمه إليه لم يؤد إلى إبطال حق الغائب، لأنه إذا رجع فوجد الوكالة أمكنه استيفاء حقه من الغريم، وإذا لم يؤد إلى إبطال حق الغائب قبل إقراره.

وليس كذلك العين، لأنها لو صدقناه وألزمناه تسليم العين إليه لأدى إلى إبطال حق الغائب، لأنه ربما يعود فيجحد، فلا يقدر على استيفاء عين ملكه، لجواز أن يكون القابض قد أ تلف ذلك، أو غاب أو تلف ذلك الشيء في يده، فإن أدى تصحيح إقراره والأمر بالتسليم إليه إلى إبطال حق الغائب لم يصححه .

٦٤٩- إذا وكل رجلاً بأن يؤجر أرضه فأجرها، ثم نسخ الإجارة أو قبلها بعيب بغير قضاء، فإن كانت الأجرة مقبوضة لم يجز نسخه على موكله، وإن كانت غير مقبوضة جاز.

ولو وكل رجلاً بأن يستأجر أرضاً فاستأجرها، ثم ردها بعيب أو نسخ العقد، جاز. ولو وكل وكيلًا بالبيع والشراء لا يجوز للوكيل أن يفسخ على موكله قبض أو لم يقبض.

والفرق بينهما: أن الأجرة إذا كانت مقبوضة فقد تعين ملك الأجر في الأجرة

وملكها، فصار هو بالفسخ يبطل ملكه، فلم يجبر عليه، ووجب عليه ضمانه.
وليس كذلك إذا لم يقبض، لأنه لم يملك الأجرة، وإنما وجد سبب الملك، فصار
الوكيل بالفسخ يمتنع من التملك، فصار كما لو امتنع من ابتداء العقد، والدليل عليه
الوكيل بالشراء إذا اشترى على أنه بالخيار ثم فسخه فإنه يجوز. لأنه لم يبطل ملكه، وإنما
امتنع من التملك؛ وأما الوكيل بالاستئجار فالمنافع باقية في ضمان المؤاجر، بدليل أنها لو
فاتت على ملك المكري، والوكيل إذا فسخ فهو قد امتنع من التملك، فصار كما لو لم
يملكه ابتداء ولم يعقد.

وأما الوكيل بالبيع والشراء فقد تعين ملك الأمر في البيع والتمن، فصار بالفسخ
يبطل ملكه فلم يجبر عليه، ووجب الضمان عليه.
٦٥٠- إذا وكله بأن يشتري له بدراهم يدفعها إليه طعاماً فله أن يشتري الخنطة
ودقيقها، ولو اشترى لحماً أو فاكهة لم يجز على الأمر استحساناً.
ولو حلف ألا يأكل طعاماً فأكل فاكهة أو لحماً حنث.

والفرق أن قوله: اشتر لي طعاماً. لفظ عموم أطلق والمراد به الخصوص، لأننا لو
حملناه على عمومه لأبطلنا التوكيل، لأنه لا يجوز أن يقال إن المراد به جميع الأطعمة في
العالم، فصار المراد به بعضاً دون بعض، وهو مجهول فلم يجز حمله على العموم، فصار
هذا لفظ عموم أطلق والمراد به الخصوص، فانصرف إلى أخص الخصوص، وأخص
الخصوص الخنطة ودقيقها، فإذا كانت دراهم كثيرة فالعادة جرت بأن ذلك القدر لا
يشتري به الخبز، وإنما يشتري بها الخنطة ودقيقها، فانصرف إليه، وإن كان درهماً أو
درهمين فالعادة جرت بأن يشتري به الخبز فالعرف قرينة أقرنت به فانصرف إليه، فلا
يجوز غيره عليه.

وأما في اليمين فقد بقي أكل المسمى طعاماً، وترك أكل الجميع ممكن، فأمكن حمل
اللفظ على حقيقته وعمومه، فلا يحمل على الخصوص، فأبي شيء أكله دخل في الاسم
فحنث.

٦٥١- وإذا باع الوكيل فاختلفا فقال الأمر: أمرتك بألف درهم، أو بدنانير، أو
بحنطة، أو بشعير، وقال: لا، بل أمرتني بخمسين ديناراً، فالقول قول الأمر.
ولو اختلف المضارب بالمال ورب المال فقال رب المال: أمرتك أن تعمل في البز
أو الخنطة، وقال المضارب أمرتني في جميع الأشياء فالقول قول المضارب.
والفرق أن مطلق الوكالة تعتقد على الخصوص بدليل أنه لو قال: وكلتك بكذا.

فإنه يكون وكيلاً في حفظ ذلك الشيء فقط، ولا يكون وكيلاً في التصرف فإذا ادعى زيادة في التصرف فهو يدعي زيادة لا يقتضيها ظاهر لفظه، فلم يصدق، لأنه يدعي زيادة تقتضي خلاف مقتضى العقد وموجبه.

وليس كذلك المضاربة، لأنها تعتقد على العموم، بدليل أنه لو قال: دفعت إليك هذا المال مضاربة بالنصف. اقتضى عموم التصرف، فإذا ادعى رب المال نوعاً من المال دون نوع فقد اقتضى شرطاً زائداً على مقتضى العقد فلا يصدق.

٦٥٢- إذا وكل أبو الصبي وكيلاً يبيع مال الصبي فمات الأب بطلت الوكالة^(١).

ولو أن الإمام نصب قاضياً ثم مات لم يتعزل القاضي.

والفرق أن عقد الإمام وقع لسائر الناس، هم من أهل العقد فجعل كأنهم تولوا بأنفسهم، فلا يبطل بموت الإمام.

وليس كذلك الأب، لأن عقده وقع للصبي، والصبي ليس من أهل العقد، فلا يجعل كأن الصبي تولى بنفسه فبقي الأب وهو الأمر، فإذا مات بطل أمره فبطل أمر من يتصرف من جهته.

فإن قيل: فلو مات الابن وجب ألا يبطل وكالته، لأن الأمر باق.

قلنا: وإن بقي الأمر إلا أن الملك الذي انعقد فيه التوكيل قد زال بالموت، فنصار زواله بموته كزواله ببيعه، ولو باع الموكل ما وكل ببيعه انعزل الوكيل، كذلك هذا.

٦٥٣- إذا قال: بعه وأشهد عليه، فباعه ولم يشهد، جاز.

ولو قال: بعه وارتهن بتمنه، فباع ولم يرتهن لم يجز.

والفرق أنه أمره بالبيع والإشهاد، فإذا فعل أحدهما من غير أن يلحق به ضرر جاز، كما لو أمره بأن يبيع عبيدين فباع أحدهما.

وليس كذلك إذا قال له بع وارتهن، لأنه فعل بعض ما أمر به وألحق به ضرراً، فقد نص على عدم التزام حكمه، فلم يجز عليه، كما لو قال: اشتر لي عبداً تاماً. فاشترى له نصف عبداً، لم يجز عليه، كذلك هذا.

ووجه آخر أن الرهن صفة للثمن، لأن الرغبات تختلف باختلاف الرهن، لأنه إذا اشترى ودفع بالثمن رهناً رغب البائع في مبايعته، فإذا لم يدفع بالثمن رهناً لا يرغب في مبايعته، فقد أمره بأن يبيع بضمن موصوف، فإذا باع بغير تلك الصفة وألحق به ضرراً لم

(١) انظر المبسوط للسرخسي (٤٢/١٩) وبدائع الصنائع (١٥٠/٥).

بجز، كما لو أمره بأن يبيع بدراهم جيد فباعه بزيوف، فإنه لا يجوز، كذلك هذا.
وليس كذلك الإشهاد، لأنه ليس بصفة للثمن، بدليل أن الرعيات لا تختلف في
البيع بالإشهاد وعدم الإشهاد، فلم يأمره بثمان موصوف، وإنما أمره بأن يبيع بثمان مطلق.
وأمر بأمر آخر وهو الإشهاد، فإذا باع فقد فعل بعض ما أمره ببيعه، ولم يخالفه في ذلك
فحاز.

٦٥٤- إذا وكل رجلاً ببيع عبد له، فباعه الأمر فرد عليه ببيع بقضاء فاض
فللوكيل أن يبيعه.

ولو وكله بأن يكتب عبده فكاتبه الأمر، ثم عجز، فرد في الرق لم يكن للوكيل أن
يكاتبه نائياً.

والفرق أنه لما أمره بالبيع فقد أمره بشيئين بأن يعقد، ويلتزم حقوق العقد، لأن
عليه التسليم فإذا باعه الأمر فقد فعل بعض ما أمر به وبقي الوكيل مأموراً بالتزام حقوق
عقد يقع له، وهو لا يصل إلى ذلك إلا بأن يعقد، فكان له أن يعقد.

وليس كذلك الكتابة، لأن الأمر بالكتابة أمر بشيء واحد، وهو العقد، لأن حقوق
العقد لا تتعلق بالوكيل، لأنه ليس له أخذ مال الكتابة، فإذا كاتبه فقد فعل جميع ما أمره به
فانعزل الوكيل، كما لو قال: عزلتك.

٦٥٥- إذا باع الوكيل عبداً ثم قطع يده أو قتله قبل التسليم للمشتري أن يدع
الثمن ويأخذ العبد، ويضمن الوكيل نصف قيمته.

ولو أن رجلاً باع عبداً لنفسه فقطع يده أو قتله قبل التسليم سقط نصف الثمن.
والفرق أن جنابة الوكيل أوجبت ضماناً، لأننا لو فسخنا العقد لعاد العبد إلى ملك
الموكل، فيصادف جنابة الوكيل ملك غيره، فيجب الضمان، فهذه جنابة أوجبت
الضمان، فلو أوجبنا الضمان لم نوجب القيمة عليه لحق العقد، وإنما نوجب بجنابته وقد
فات المبيع إلى خلف، فبقي العقد ببقاء خلفه، كالأجنبي لو جني عليه.

وليس كذلك لو قطع الموكل يده، لأن هذه جنابة لا توجب ضماناً، لأننا لو أوجبنا
الضمان لأوجبنا عليه تسليم القيمة لحق العقد لأعدناه إلى ملكه، فكانت جنابته على ملك
نفسه وجنابته على ملك نفسه لا توجب ضماناً، فقد فات المبيع لا إلى خلف، فلم يبق
العقد لاتقاء خلفه فبطل، كما لو مات قبل التسليم.

أو نقول: لم يستفد الملك من جهة الوكيل وإنما استفاد من جهة الموكل، فصار
الوكيل كالأجنبي، ولو جنى عليه أجنبي لم يبطل البيع.

وأما الموكل فهو قد استفاد الملك من جهته، وحنايته على ملك نفسه توجب تقويت التسليم، وتقويت التسليم يوجب عوده إلى ملكه، وحنايته على ملكه لا توجب ضماناً، فمن حيث يوجب الضمان لا يوجب فسق أصلاً، وفات لا إلى حلف، فمطل البيع كما لو مات.

٦٥٦- الوكيل بالشراء إذا اشترى ولم يسلم إلى الموكل فله الرد بالعيب. ولو سلم إلى الموكل لم يكن له أن يرده إلا بإذنه.

والفرق أنه لما رده إلى الموكل فقد زالت اليد التي استفاد بها التصرف فزال ذلك التسليط، فلم يكن له التصرف إلا بإذن جديد.

وإذا كان في يده بعد فقد بقيت اليد التي استفاد بها التصرف، فبقي جواز التصرف وإن زال التسليط، كالمولى إذا حجر على عبده المأذون والمال في يده، جاز إقراره، ولو انتزع المال من يده لم يجز إقراره، كذلك هذا.

وجه آخر: أن يد الموكل لم تعده للبائع، بدليل أن الموكل لو أراد أن ينتزعه من يده لم يقدر عليه، فهو بالرد يزبل يداً لم تعده للبائع فلم يجز، كما لو اشترى شيئاً ثم باعه من غيره، ثم أراد أن يرده بالعيب على البائع الأول لم يكن له ذلك، كذلك هذا. وليس كذلك إذا لم يسلم، لأنه بالرد يزبل يداً قد أفاده البائع في عقد تعلق حقوقه فجاز، كما لو اشتراه لنفسه.

٦٥٧- ولو وكله أن يشتري له حنطة من العراء فاشتراها واستأجر حمالاً ليحمله إلى منزله استحق الأجر على الأمر استحساناً. ولو اشترى حنطة من قرية بعيدة من المصر واستأجر حمالاً لينقلها إليه لم يجز له الأجر.

والفرق أن العادة جرت بأن الرجل يشتري الحنطة من المصر، وينقله إلى بيته فصار كالمنطوق به وتعيينه بالعرف كتعيينه بالنطق. وليس كذلك خارج المصر، لأن العادة لم تجر بأنه يشتري الحنطة من القرى، وينقل لأنه ربما تنقل وربما يترك هناك، فلم توجد قرينة تدل على أنه أراد به الإذن في النقل، فصار متبرعاً فلا يرجع عليه بالكري.

٦٥٨- إذا وكله بأن يشتري له عبداً ودفع إليه الدراهم فاشتراه ولم ينقد الثمن حتى هلك في يده فله أن يأخذ الثمن من الموكل ثانياً، فإن أخذه فتلّف لم يرجع على الأمر ثانياً.

ولو دفع مالا مضاربة إلى إنسان، فاشترى شيئاً، فتلّف المال قبل دفعه إلى الساع. فللمضارب الرجوع على رب المال، فإن رجع فتلّف في يده قبل أن ينقده للبائع فله أن يرجع ثانياً وثالثاً ورابعاً وخامساً .

والفرق أن في باب الوكالة ما قبضه الوكيل كان مضموناً له على الموكل. لأن صحة الوكالة بضمان منعقد بين الوكيل والموكل، بدليل أن ما لا يجوز أن يكون مضموناً للوكيل على الموكل لا يصلح التوكيل به، كمسلم وكل مسلماً بأن يشتري له خمرًا لا يجوز، وبدليل أنه لو لم يدفع إليه الثمن وأمره بشرائه فإنه يصح، فدل أن صحة الوكالة بضمان منعقد بين الوكيل والموكل، فوقع العقد بمضمون في ذمة الوكيل فرجع به على الموكل فإذا قبض فقد قبض مضموناً له عليه، فإذا تلف تلف من ماله فلا يرجع ثانياً. وليس كذلك المضارب لأن مال المضاربة أمانة في يده، بدليل أنه ما لم يدفع إليه مال المضارب لم تكن مضاربة، وبدليل أنه إذا قبض مرة فتلف ثم قبض ثانياً فتلف كان الجميع رأس المال، فصار المقبوض أمانة، فإذا تلف جعل كأنه لم يقبض، ولو لم يقبض كان له أن يرجع عليه ثانياً، كذلك هذا.

٦٥٩- إذا وكل رجلاً بكل قليل له وكثير له في ماله كان وكيلاً في حفظه، وليس بوكيل له في التقاضي والبيع والشراء.

ولو وكله بدينه فإنه يكون وكيلاً بقبض الدين.

والفرق أن مطلق الوكالة عبارة عن الحفظ، قال الله تعالى: ﴿وَاللَّهُ عَلَىٰ مَا نَقُولُ وَكِيلٌ﴾ [القصص: ٢٨] يعني حفيظاً، وقال: ﴿وَمَا أَنْتَ عَلَيْهِمْ بِوَكِيلٍ﴾ [الشورى: ٦] أي بحفيظ، فصار كما لو قال: وكلتك بحفظ كل مال لي.

وليس كذلك إذا قال: وكلتك بديني، لأن مطلق التوكيل يقتضي الحفظ فقط إلا أن ما في الذمة لا يمكن حفظه إلا بعد القبض فصار جواز القبض مستفاداً بالأمر بالحفظ، فكانه قال: اقبض واحفظ، فإذا أقبضه كان بإذنه .

٦٦٠- وإذا وكل الوصي وكيلاً بدفع دين على الميت جاز.

والوكيل بالدفع إذا وكل وكيلاً بالدفع لا يجوز.

والفرق أن الوصي يتصرف بالولاية، بدليل أنه يتصرف بعد سقوط أمر الأمر ويجوز، فصار كالأب ولأب أن يوكّل، كذلك هذا.

وليس كذلك الوكيل، لأنه يتصرف بالأمر، بدليل أنه لا يتصرف بعد موت الأمر، وقد خصه الأمر بالأمر، فاختص به، ولم يعده، كما لو خصه بالحفظ، بأن أودعه شيئاً

اختص به ولم يعده، كذلك هذا.

٦٦١- إذا قال الموكل للوكيل: ما صنعت من شيء فهو جائز، فوكل الموكل وكيلا آخر، وقال له: ما صنعت من شيء فهو جائز. لم يكن للثاني أن يوكل ثالثاً. ولو دفع مالا مضاربة إلى رجل، وقال له: ما صنعت من شيء فهو جائز. (جائز به أن يضارب غيره، ولو قال الثاني للثالث: ما صنعت من شيء فهو جائز) فالثاني أن يضارب الثالث وكذلك الرابع والخامس.

والفرق أن عقد الوكالة يقتضي الخصوص، بدليل أنه لو قال: وكلتك لا يكون له أن يتصرف، وإنما يقتضي الحفظ فقط، وليس له أن يوكل غيره أيضاً، وإذا كان مطلق التوكيل يقتضي الخصوص في قوله ما صنعت من شيء فهو جائز زيادة ملحقة بالعقد فكان له حكم أصله وهو الخصوص فلم يتعد إلى غيره.

وأما المضاربة فمطلقها يقتضي العموم، بدليل أنه لو قال: دفعت إليك مضاربة. فله أن يدفع إلى غيره مضاربة وأن يستأجر ويتصرف، وقوله: ما صنعت من شيء فهو جائز، زيادة ألحقت بالعقد، فكان لتلك الزيادة حكم أصله كالزيادة في الثمن والمهر وغيره، وأصل المضاربة لا يحفظ ويتعدها، لأن له أن يضارب فكذلك ما ألحق به حكمه حكم أصله، فللثاني أن يضارب.

٦٦٢- وإذا وكله بأن يرهن له ثوباً بدراهم فرهته عند ابنه الكبير، أو عند تاجر له عليه دين جاز^(٢).

والوكيل بالبيع إذا باع من ابنه الكبير، أو عبده وعليه دين لا يجوز عند أبي حنيفة رحمة الله عليه.

والفرق أنه لا يثبت حق الأب في رهن عند ابنه، وعند عيد المأذون، فهو لا يستوجب الحق لنفسه فجاز، كما لو رهنه من أجنبي.

وأما في المبيع فله حق في مال ابنه، بدليل أنه لو احتاج إلى ماله في النفقة أوجب له، ولو استولد جاريته صح، فإذا باع من ابنه فقد استوجب الحق لنفسه، فصار كما لو استوجب الملك لنفسه، ولو باعه من نفسه لم يجز، كذلك هذا.

وأما إذا رهن عند عبده الصغير لم يجز، لأنه يعاقد نفسه، فلم يجز.

(١) انظر البحر الرائق (١٤١/٧، ١٧٦) وحاشية ابن عابدين (٢٦٩/٧) والمبسوط للسرغسي (١٩/٢٩).

(٢) انظر المبسوط للسرغسي (٨٣، ٨٠/١٩).

٦٦٣- إذا وكل وكيلًا بقبض الدين فمات الموكل، فقال الغريم: قد أدت مدني إلى الوكيل، وقال الوكيل: قد كنت قبضت المال ودفعت إلى الموكل، لا يصدق الغريم، لا الوكيل.

ولو أودع عند إنسان ودبعة، ووكّل وكيلًا بقبضها، ومات الموكل، فقال المودع: قد رددت الدبعة إلى الوكيل، وقال الوكيل: قد كنت قبضت ورددتها إلى الموكل. ولا ضمان على المودع، والقول قول الوكيل.

والفرق أن الوكيل أقر بما ليس له أن يئذنه فيفعله، فلم يصدق في إقراره، كالوكيل إذا قال بعد العزل: قد كنت بعث لم يصدق، كذلك هذا.

وفي باب الدبعة أقر بما ليس له أن يئذنه فيفعله، فلم يصدق على القبض، إلا أن المودع أمين فيه، وقد أقر بالدفع إلى من جعل له الدفع إليه، فإن لم يصدقه لم نقره فيجعل الشيء كالتالف في يده، ولو أئلف في يده لم يضمن كذلك هذا.

٦٦٤- إذا أودع عند إنسان عبدًا ووكّل بقبضه، فقتل العبد خطأ، كان للمستودع أن يأخذ قيمة العبد من عاقله القاتل.

وليس للوكيل أن يأخذ القيمة من المودع.

والفرق أن حق المودع في الحفظ ثبت في العين، بدليل أن إنسانًا لو غصب منه كان خصمًا في ارتجاعه، ولو سرقه سارق كان للمودع حق القطع، وإذا ثبت حقه في العين سرى إلى البدل، كالرهن فقد ثبت له حق الحفظ في العين ولا يصل إلى ذلك إلا بقبض القيمة، فكان له قبضها وحفظها.

وليس كذلك الوكيل، لأنه بالتوكيل لم يجب له حق في العين، بدليل أنه لو كان وكنه بأن يقبض عبدًا من زيد فغصب من يد زيد لم يكن الوكيل خصمًا في قبضه من يد الغاصب. وإنما ثبت حقه بالقبض ولم يوجد من جهة القبض جناية فلم يثبت وحقه في العين فلا يسري إلى البدل، كما لو استأجر عبدًا فقتل عنده لم يكن له أخذ قيمته، كذلك هذا.

٦٦٥- إذا وكله بقبض أمة فولدت كان للوكيل أن يقبض الولد مع الأم. ولو قتلت لم يكن له أن يأخذ القيمة.

والفرق أنه بالقبض ثبت له حق الحفظ في العين، فاستند ثبوت هذا الحق إلى العقد نصار كأن الحق ثابت في ذلك الوقت، ولو قبضها ثم ولدت نسرى حق حفظه إلى النساء. كذلك هذا.

وليس كذلك القيمة، لأنه لم يوجد القبض في العين حتى يستند إلى حالة العقد، فلم

يجب حقه في العين، فلا يسرى إلى النماء.

فإن قيل لو قطع يدها فأخذ الوكيل الأم لم يكن له على الأرض سبيل، ولا يقال إن حقه ثبت في العين بالقبض فاستند كما يقال في الولد.

قلنا: الأرض بدل اليد ولم يوجد القبض في اليد المقطوعة، فلم يصح القبض في ذلك الجزء فلم يصير قابضًا العين بكماله، فلم يسر هذا القبض إلى النماء الذي تولد من الجزء المقطوع، وصار في حقه كأنه لم يقبض العين أصلاً.

ووجه آخر أنه أمره بقبض الأمة والولد جزء من أجزائها متصل بها فصار كسائر أجزائها فإنه يقبض الأم كلها، كذلك هذا.

وليس كذلك القيمة لأن القيمة ليست بجزء منها وهو قد خص القبض بها فلا يعدوها، فصار كمال له آخر، ولا يأخذ مالا آخر، كذلك هذا.

٦٦٦- وإذا وكل العبد المأذون وكيلا في شيء لم يكن من حقوق عقده، ثم حجر عليه المولى لم يكن الوكيل وكيلا.

ولو باع العبد أو اشترى فوكل وكيلا في حقوق عقده، ثم حجر عليه المولى فالوكيل على وكالته.

والفرق أن حقوق القبض وجبت بالعقد لا بالإذن، لأنه العاقد، وحقوق العقد متعلقة به، وبالحجر لا يبطل ذلك العقد فلم يبطل حقوقه، وهو يقدر على أن يتدنى ليقبض ويتولى حقوق عقده بنفسه، فلم ينعزل وكيله.

وما لا يكون من حقوق عقده فجواز تصرفه بالأمر والأمر ارتفع بالحجر فلا يقدر أن يتدنى فيتولى بنفسه فلا يقدر وكيله.

٦٦٧- ولو وكل وكيلا أن يزوجه امرأة فتزوجها الوكيل لنفسه، جاز، وكانت امرأته.

ولو وكله أن يشتري له عبداً بعينه فاشتراه الوكيل لنفسه، وقع الشراء للموكل.

والفرق أن في باب النكاح خالفه الوكيل في لفظ العقد، لأنه إذا زوجه يقول: زوجتك من فلان، ولو عقد لنفسه لقال: تزوجت فلانة، وإذا خالفه في لفظ العقد لم يقع العقد للموكل كما لو أمره أن يشتري له عبداً بألف فاشتراه بألفين.

وليس كذلك في الشراء، لأنه لم يخالفه في لفظ العقد، لأنه لو اشتراه له لقال: اشتريت، ولو اشتراه لنفسه لقال أيضاً: اشتريت، فقد وافقه فيما أمره به، وهو قد انترم بعقد التوكيل أن يكون عقده له، فإذا عقد كذلك وقع له، ولو قلنا: لا يقع له لصار عازلاً

نفسه، وعزله لنفسه وحده لا يصح، فلم يعزل.

٦٦٨- ولو أن رجلاً له عبد عليه دين، فوكل الغريم المولى أن يبرئ عبده، جاز.

ولو وكل المولى أن يستوفي دينه الذي له على العبد، لا يجوز.

والفرق أن التوكيل بالاستيفاء يوجب براءة الغريم بإقرار الوكيل استوفيت، ويلحق المولى التهمة في إقراره بالاستيفاء، فلو جوزنا الوكالة يؤدي إلى إلحاق التهمة، فلم تجز الوكالة.

وليس كذلك الوكالة بالإبراء، لأن الإبراء إسقاط الحق، ولا يلحقه التهمة فيه فلو جوزنا التوكيل لبرئ بقوله: أبرأتك، من غير أن تلحقه التهمة فيه، فوجد مقتضى التوكيل فجاز، كما لو قال: أبرئ نفسك من الدين الذي لي عليك، جاز، كذلك هذا.

٦٦٩- إذا دفع إلى رجل دراهم، وأمره أن يشتري له بها جارية، فاشترى ونقد الدراهم فوجدها البائع زيوناً فردها على الوكيل فهلك في يده فإلحاق هلك من مال الوكيل.

ولو وجدها ستوفة أو رصاصاً فردها على المشتري فهلك في يده لم يكن على المشتري ضمان وهلك من مال الأمر.

والفرق بينهما أن الزيوف أو البهجة تدخل في القضاء، لأنه من جنس الدراهم، بدليل أنه لو تجوز به لجاز، فالمشتري قد قضى بها مضموناً عن نفسه، وهو قد أمره بحفظها وجعلها أمانة عنده إلى وقت القضاء، فإذا قضى فقد ارتفع عقد الأمانة وقد قضى مضموناً، فإذا رد عاد إلى الضمان فلا يعود إلا بتحديد عقد أمانة، ولم يوجد.

وليس كذلك الستوفة لأن الستوفة والرصاص ليسا من جنس الدراهم بدليل أنه لو تجوز به لم يجز، فلم يصر المنقود قبضاً، وهو قد جعل أمانة في يده إلى وقت القضاء، فلم يقع القضاء بالأداء، فإذا صار كأنه لم يسلم إليه، فبقي أمانة في يده، فإذا تلف تلف من مال الأمر.

٦٧٠- ولو أن مدبراً أمر رجلاً أن يشتري له نفسه من مولاه بألف درهم فاشتراه وبين أنه يشتره للعبد عتق، ولم يكن للمولى على المشتري سبيل.

ولو أمره العبد القن أن يشتري له نفسه من مولاه بألف درهم، فاشتراه وذكر أنه يشتره للعبد، فالعبد حر، والألف على المشتري في رواية الجامع الصغير.

والفرق أنه بالدخول معه في الشراء ملتزم حكم عقده، وشراء المدبر لا يوجب ضمان الثمن على المشتري.

وفي العبد بالدخول معه في الشراء التزم حكم عقده ، والعقد على العبد . وجب ضمان الثمن على المشتري فلزمه .

ووجه آخر أن نفس العقد لا يوجب ضمان البذل على المشتري ، وإنما الموجب لضمان البذل وجوب حق القبض ، بدليل أن العقد الذي لا يوجب للعاقدة حق القبض لا يوجب عليه ضمان البذل ، كالنكاح والخلع فثبت أن الضمان عليه يوجب حق القبض له والمدير في يد نفسه ، فصار كأنه قد قبض نفسه من المولى ، فلزم الوكيل إلزاما بقبضه ، فصار كأن الوكيل قبضه ، ولو قبض المدير على حكم العقد لا يلزمه الثمن . ولا يكون مضموناً ، كذلك هذا .

وأما العبد فهو في يد نفسه أيضاً ، فلزم الوكيل الرضا بقبضه ، فكأن الوكيل قبض ، ولو قبض الوكيل من المولى رقة العبد كان الثمن واجباً عليه وكان قبضه مضموناً ، كذلك هذا .

٦٧١- إذا قال : أنت وكيل فلان في قبض دينه ، ودفع الدين إليه ، تلتف عنده الوكيل وجحد الوكالة ، فليس للدافع أن يضمن الوكيل .

ولو قال : هذا الشيء لك فبعه مني . فباعه منه ، ثم استحق من يد المشتري ، رجع على البائع بالثمن .

والفرق أنه بالاستحقاق تبين أن الملك فيه لغيره ، وأنه قبض الثمن ملك غيره ، وقبض ثمن ملك الغير يوجب أن يكون مضموناً عليه ، كما لو باع ملك غيره وقبض الثمن ، ثم استحق المبيع ، فإن الثمن يلزم ، كذلك هذا .

وفي الوكالة لما جحد لم يثبت الوكالة ، فصار قابضاً مال غيره بإذنه من غير وكالة ، فصار مؤتمناً ، وقبضه مال غيره بإذنه يوجب ألا يكون مضموناً ، كما لو دفع إليه الدين على وجه الرسالة ليوصله إلى الغريم .

ووجه آخر أن المشتري أقر أن الملك له ، وكون الملك له لا يمنع استحقاق الثمن عند فوت التسليم ، كما لو أتلّف المبيع قبل القبض رجع الثمن ، فله أن يرجع . وفي الوكالة إقرار الملك للغريم ، فإذا كذبه لم يثبت القضاء ، فبقي مؤتمناً إياه ، وكونه أمانة يمنع وجوب الضمان عليه كالوديعة .

٦٧٢- إذا قال رجل لرجل : اشتر لي هذه الألف جارية ، فقال المأمور : نعم ، والدرهم ستوق أو مہرجة أو رصاص أو زيوف لا يعرف المأمور ، والأمر يعرف ، فالوكالة على التسمية وهي الدراهم الجياد ، وكذلك إن عرف كل واحد منهما أنها ستوق ولم يعلم كل واحد أن صاحبه يعلم ، فإذا علم كل واحد أن صاحبه يعلم انعقد بالمعنى .

ولو أن رجلاً جاء بدرهم إلى بائع وقال: يعني هذه الدراهم كذا وكذا. فباعه ما قال فإذا الدراهم زيوف أو مهرجة وعلم البائع ذلك، فإن العقد يتعقد بالمعنى، وإذا كانت ستوفة أو رصاصة فعلى المشتري بدله جيد نقد البلد، ولا يشترط في الزيوف علم كل واحد بأن صاحبه يعلم.

والفرق أنه يحتاج إلى معرفة صفته لأحد شيئين، إما لإزالة الضرر أو لإلحاق ضرر، وفي الوكالة الحاجة إلى معرفتها لإزالة الضرر لأنه لا ضرر يلحقه لكون الدراهم زيوفاً أو مهرجة، فجاز أن يشترط إزالة جميع جهات الضرر والجهالة، فإذا لم يعلم صاحبه فعنده أن صاحبه غارٌّ له، وكذلك إذا علم واحد ولم يعلم الآخر فإذا لم تنزل جميع جهات الضرر فاعتبر التسمية.

وليس كذلك في البائع لأن الحاجة إلى معرفة صفة الدراهم لزوال الضرر، لأن الضرر يلحقه إذا كانت الدراهم زيوفاً أو مهرجة فإذا علم ذلك فقد زال الضرر سواء علم أن صاحبه علم أو لم يعلم، وإذا زال جميع جهات الضرر انعقد العقد بالمعنى دون المسمى، ووقع القضاء به، وفي الستوفة لم يقع القضاء بها فبقي المسمى واجباً.

٦٧٣- إذا قال لرجل: آجره داري هذه بعد، فأجرها بعد بغير عينه لم يجز. ولو قال: تزوج لي فلانة على عبد، أو اخلع امرأتى على عبد. فخلعها أو تزوجها على عبد بغير عينه جاز.

والفرق أن الإجارة تشبه المعاوضة والعقد على المال من وجه، وتشبه العقد على غير المال من وجه، أما شبهها بالمال من حيث إن المنافع تصير مالا بالعقد عليها، وتشبه العقد على غير المال من حيث إنه لو غصب داراً فسكنها لا يوجب الأجر، ولو استأجر داراً بدار لم يجب للشفيع فيها شفعة، فلو قلنا: إنه يجوز على حيوان بغير عينه لألقناه لما ليس بمال وأبطلنا شبهه بالمال، وهذا لا يجوز فيوجب من الشبهين.

أو نقول: لما أخذ شبهها من الأصلين غلبنا جهة المالية فيها، لأنه يقبل التحويل والنقل إلى غيره، فصار كالمال والحيوان لا يثبت في الذمة بدلاً عما هو مال كالسلم.

وأما النكاح فالبضع ليس بمال، ولا يشبه العقد على الأموال بوجه، فلو جوزنا على عبد بغير عينه لم يؤد إلى إبطال شبهه بالمال، فجوزنا على عبد بغير عينه، ومن أصحابنا من قال: إن المنافع مال، لأنها تستفاد من المال، وإنما لا تضمن بالغصب، لأن اليد لا تثبت عليه، والحيوان لا يجوز أن يثبت في الذمة بدلاً عما هو مال، بخلاف البضع والدم العمد، فإنهما ليسا بمال، لأن الحر ليس بمال.

كتاب الكفالة والحوالة

٦٧٤- إذا كفّل ثلاثة رهط بنفس رجل على أن بعضهم كفلاء عن بعض كان للطالب أن يأخذ أيهم شاء بنفس الأول، وإيهم دفع بنفسه إليه برئ هو وصاحبه^١ ولو كفّل رجل بنفس رجل، وكفّل به آخر فدفعه أحدهم إليه لم يرأ صاحبه. والفرق أنهم التزموا تسليمًا واحدًا في المسألة الأولى لما اشتركوا في الضمان لاستحالة أن يجب تسليمه مرة بعد أخرى في حالة واحدة، وصار كل واحد كالأذن لصاحبه في تسليمه إليه، فإذا وفاه أحدهم برئوا جميعًا كما لو اجتمعوا على التسليم. وليس كذلك في المسألة الثانية، لأن كل واحد ضمن غير ما ضمنه الآخر، لأن تسليم النفس مضمون عليه مرة بعد أخرى حتى تنفصل الخصومة، فكل واحد ضمن غير ما ضمنه الآخر فلا يرأ بتسليم ما ضمنه الآخر كما لو كفّل كل واحد دينًا على حدة.

٦٧٥- وإذا كفّل ثلاثة عن رجل على أن كل واحد ضامن عن صاحبه فأدى أحدهم شيئًا منه رجع على صاحبه بنصف ما أدى ثم رجعا على الثالث بثلث ما أدى، وكذلك لو كاتب عبيدين على ألف درهم وجعل كل واحد كفيلًا عن صاحبه فما أدى أحدهم كان له الرجوع على صاحبه بنصف ما أدى.

ولو اشتريا من رجل عبدًا بألف، وضمن كل واحد الثمن عن صاحبه، أو كان لرجلين على رجل ألف درهم وكل واحد كفيل عن صاحبه، فما أدى أحدهما لا يرجع على شريكه بشيء، إلا أن يزيد على النصف فحينئذ يرجع عليه.

والفرق أن في الكفالة الجهة جهة واحدة هي الكفالة، وليس بعضها أصل وبعضها كفالة، فإذا كانت الجهة واحدة استويا فيه، فما أدى أحدهما وقع عن نفسه وعن صاحبه فرجع عليهما، وكذلك في الكتابة الجهة جهة واحدة، لأن جميع المال مضمون على كل واحد بالكفالة، إذ لو لم يجعل كذلك لكان بعضه أصلا وبعضه كفالة، والكفالة بمال الكتابة لا تجوز فاستويا فيه، فما أدى أحدهما وقع عن نفسه وصاحبه.

وليس كذلك في الشراء والدين، لأن الوجوب هناك جهتان بعضه بالأصل وبعضه بالكفالة عن صاحبه، فإذا أدى شيئًا وقع عن الأصل، لأنه أكد من انقزع حتى يزيد على النصف، إذ لو جعلنا بعضه عن الكفالة ليرجع على شريكه لكان لشريكه أن يرجع عليه بما يؤدي، فلا فائدة فيه، فجعلناه مؤديًا عن نفسه، فإذا زاد على النصف وقع عن شريكه

(١) انظر المبسوط للسرخسي (١٦٩/١٩، ١٨٣).

فرجع عليه. ووجه آخر أن في الكفالة والكتابة من حيث يجعل أداء بعض المال عن صاحبه لا يقدر صاحبه على أن يجعل أدائه عنه، لأن جميع المال واجب على كل واحد بالكفالة والكتابة من حيث له أداء البعض عنه وأداء الجميع فإذا أدى بعضاً رجع عليه. وليس كذلك الشراء والدين، لأننا لو جعلنا له الرجوع على صاحبه فيما دون النصف لكان لصاحبه أن يجعل عنه فيقول: إن جعلته عن كفالته عني جعلته عن كفالتي عنك حتى أرجع عليك، فلم يكن له أن يجعله عنه فوق الأداء عن نفسه فإذا زاد على النصف لم يقدر أن يجعل صاحبه أداه عنه، لأنه لم يكن عليه إلا النصف فوق عن صاحبه فكان له الرجوع عليه.

٦٧٦ - الكفالة بالنفس والمال تصح بغير رضا المكفول عنه^(١)، والوكالة عن الغير بغير رضا الموكل لا يجوز.

والفرق أن في الوكالة إيجاب حق لنفسه على الموكل، وهو تنفيذ إقراره وبيعه وشرائه أو سماع البينة عليه، وإيجاب الحق على الغير بغير رضا الغير لا يجوز. وليس كذلك الكفالة، لأنه ليس فيه إيجاب حق على الغير، ولا في ملكه، وإنما هو تحمل حق مضمون عنه، وتحمل الحق عن الغير بغير رضاه جائز كما لو قضى دينه. ٦٧٧ - إذا كان على العبد دين أو المدير، فكفل بإذن المولى عن المولى بمال، ثم أعتقه المولى، فاختار غرماء العبد استسعاء العبد، لم يكن للمكفول له أن يشاركهم في تلك القيمة ويتبعونه بدينهم بعد المعتقد.

ولو كان مكان العبد أم ولد فعتقت، فإن صاحب الكفالة يستسعيها مع غرمائها. والفرق أن العبد يقبض رقبته وصية، وكذلك المدير بدليل أنه يعتبر خروجها من الثلث، ولو كان عليه دين مستغرق يسعى في جميع قيمته، فدل على أنه يقبض رقبته وصية، فإذا كان عليه دين وجبت السعاية لأجل الدين، لأن الدين مقدم على الوصية فصار بقاء تلك السعاية عليه كبقاء الرق، لأن المستسعاة عند أبي حنيفة رحمه الله بمنزلة المكاتب، وإذا بقي الرق صار هذا ديناً وجب على رقيق، فكان أولى من دين المولى كما لو لم يعتقه.

(١) انظر المحلة (ص ١١٥، ١١٨) والمهذبة شرح البداية (٨٩/٣، ٩٣)، والبحر الرائق (٢٢٥/٦، ٢٢٦). وفتاوى السعدي (٧٥٨/٢) والبسوط (١٩٦/١٠) (٤، ٣/٢٠).

وأما أم الولد فإنها لا تقبض رقبته وصية، بدليل أنها لا تسعى لغريم ولا توث، فلم يكن الدين مقدماً على عتقها، إذ لا يجب استبقاء الرق فيها فعتقت، وجوب الدين عليها بالكفالة، وعليها دين نفسها، وصارت كحرة اجتمعت عليها ديون، فاشتراكاً جميعاً في تلك القيمة.

٦٧٨- إذا كفّل رجل عن رجل بمال ولم يؤده لم يكن له أن يطالب المكفول عنه بالدين، حتى يؤديه^(١).

والوكيل بالشراء له أن يرجع على الموكل بالثمن قبل أن يؤدي.

والفرق أن طلب المكفول له لم ينقطع عن المكفول عنه، بدليل أن له أن يأخذه به، فلو جوزنا أن يأخذه به قبل الأداء لوجهنا عليه طلبين مختلفين بمال واحد وهذا لا يجوز.

وليس كذلك الوكيل، لأن طلب البائع عن الموكل ساقط، لأنه ليس له أن يرجع على الموكل، لأن حقوق العقد تتعلق بالعاقدة، فلو أوجبنا له الرجوع لم يؤد إلى أن يتوجه طلبان بمال واحد في حالة واحدة فجاز.

٦٧٩- ولو أمر رجلاً خليطاً له أن ينقد فلاناً ألف درهم عنه فنقده ألف درهم غلة أو هجرة لم يرجع على الأمر إلا بمثل ما أعطى.

ولو كان مكان الأمور كفيل عنه بألف درهم رجع بألف درهم بحقه.

والفرق أن في الخليط وجوب الرجوع عليه بما يؤدي، لا بما يملك، لأنه ليس في ذمته ضمان قبل الأداء بملك المال عليه به، ولأنه لو أمره أن ينقد ألفاً فنقد مائة وأبرأه من الباقي أو وهبه له لم يرجع إلا بمائة درهم، فدل أنه إنما يرجع بما يؤدي لا بما يملك، وقد أدى الزيوف والغلة فرجع بما أدى، كما لو أدى أقل منه في الوزن.

وليس كذلك الكفالة، لأنه إنما يرجع بما يملك، لا يؤدي بدليل أنه يصير المال مضموناً عليه في ذمته بملك عليه بدله وبدليل أنه لو وهب له تسعمائة وقبض مائة رجع عليه بما ضمن وهو الألف، فدل أنه يرجع بما يملك وقد ملك الألف بما ضمن، فوجب أن يرجع بذلك، كما لو أدى أقل من الوزن.

٦٨٠- إذا أبرأ الطالب الكفيل من المال فأبى أن يقبل فهو بريء.

(١) انظر الدر المختار (٣٣٩/٥).

ولو أبرأ الذي عليه الأصل فأبى أن يقبل كان المال عليه^(١).

ولو وهب المال من الكفيل أو الأصيل فأبى القبول لم تجز الهبة.

والفرق أن لفظ الإبراء ليس بموضوع للتمليك، بدليل أنه لو صادف عيناً لا يفيد التمليك، وهو أن يقول: أبرأتك من هذه العين، لم يملكه، وإنما هو عبارة عن إسقاط الحق، وفي الإبراء عن الحق بعد الوجوب معنى التمليك، وفي إسقاط الضمان في الأصل بفسخ الكفالة إسقاط دون التمليك، فإذا قال للكفيل: أبرأتك، حمل على فسخ الكفالة من الأصل حتى تنحصر إسقاطاً وله فسخ الكفالة فصار كأنه قال: فسخت الكفالة من الأصل، وإذا حمل على فسخ الكفالة صار صريح إسقاط الحق، وإسقاط الحق لا يرتد بالرد، كما لو طلق امرأته واعتق عبده، ولهذا قلنا: إنه لو أخذ عن الكفيل فرد الأصيل بقي حالاً لأنه لا يمكن أن يجعل إسقاطاً من الأصل فارتد بالرد.

وليس كذلك الأصيل، لأنه لا يمكن أن يجعل في حقه قوله: أبرأتك على فسخ العقد الذي وجوبه وإسقاطه من الأصل، لأنه يصير بيعاً بلا ثمن، والبيع بغير الثمن باطل، وإذا لم يمكن أن يجعل إسقاطاً من الأصل جعلناه إسقاطاً بعد الوجوب فيكون فيه معنى التمليك، والتمليك يرتد بالرد كالبيع.

وأما الهبة فهي لفظ تمليك، بدليل أنه لو صادف عيناً تفيد الملك، والتمليك مما يرتد بالرد.

٦٨١- إذا وهب الطالب المال للكفيل فقبله رجع به الكفيل على الذي عليه الأصل، وكذلك المختار عليه^(٢). ولو أبرأه لم يرجع به عليه.

والفرق أن الهبة عقد تمليك، بدليل أنه لو صادف عيناً لملك أفاد الملك، فقد ملكه ما في ذمته بالهبة، فصار كما لو ملكه بالأداء، ولو ملكه بالأداء لرجع على صاحب الأصل، كذلك هذا.

وليس كذلك الإبراء، لأنه ليس بتمليك، وإنما هو إسقاط للحق، بدليل أنه لو صادف عيناً لا يفيد الملك، فصار فسخاً للكفالة، وإسقاطاً لها فكأنها لم تكن، ولو لم تكن لم يرجع عليه بشيء، كذلك هذا.

٦٨٢- إذا شهد شاهد بأنه باعه بثلثين حال، وشهد شاهد بأنه باعه بثلثين مؤجل،

(١) انظر المبسوط للسرخسي (٩٢/٢٠) والبدائع (١٣/٦).

(٢) انظر البدائع (١١/٦)، والسرخسي (٩٣/٢٠).

لم تقلل شهادتهما .

ولو شهد شاهد بأنه كفل بألف حالة، وشهد الآخر بأنه كفل له بألف مؤجلة، جازت شهادتهما .

والفرق أن الأجل إذا شرط في البيع صار صفة للثمن، بدليل أنه لو قالت: بعث بألف درهم، فقال: قبلت بألف مؤجل لم يجوز، فقد شهد أحدهما بعقد غير ما شهد به الآخر، فلم يجوز .

وليس كذلك الكفالة، لأن الأجل شرط ملحق بالعقد، فإذا اتفقا على العقد، اختلفا في شرطه يلحق به، فلم يثبت الشرط وبقي العقد.

٦٨٣- وإذا كفل المريض بمال ثم مات ولا دين عليه لزمه من ثلثه، ولو أقر أنه كفل في الصحة لزمه من جميع المال، إذا لم يكن لوarith أو عن وارث^(١).

ولو أقر بالهبة أو العتق في حال المرض وأضافه إلى حال الصحة كان من الثلث.

والفرق أن في الكفالة معنى التبرع، لأنه يقرض الشيء من ذمته ليرجع عليه في الثاني، فنصار كإقراض العين، وفيها معنى المعاوضة، بدليل أنه يرجع بما يؤدي، فقد أخذ شيئاً من الأصل: شيئاً بالمعاوضة من وجه، وشبه التبرع من وجه، فلتشبهها بالتبرع قلنا: إذا كفل في حال المرض كان محتسباً من الثلث، ولتشبهها بالمعاوضة قلنا: إذا قال: كفلت في حال الصحة صدق ولزمه من جميع المال فيكون فيه توفير حظه من الشبهين.

وأما العتق والهبة فتمحض تبرعاً، فإذا وهب في الحال اعتبر من الثلث، وإذا أقر أنه وهب في الصحة فقد فعل بما ليس له أن يتدنه فيفعله، وليس له أن يقربه، فلا يصدق على التقديم، فجعل كالواجب في الحال، فاعتبر من الثلث.

٦٨٤- لا يحبس الوالدان في ديون الولد. ويحبسان في نفقة الولد.

والفرق أن في توجيه الحبس عليه إيجاب عقوبة على الأب، لأجل مال ابنه، وهذا لا يجوز، كما لو سرق ماله لا يقطع، وكما لو قتل عبده لا يقتل .
وأما في النفقة فلو لم يجبسه لأدى إلى الإضرار بالصبي إلى أن يموت جوعاً، ففي حبسه توجيه عقوبة على بدنه، لأجل روح الصبي، وهذا جائز، كما لو قتل الأب ابنه، فإنه يعزر ويؤدب، كذلك هذا.

(١) انظر المبسوط للسرخسي (١٢٧/٢٠).

كتاب الصلح

٦٨٥- إذا تهايا في غلة الدارين فضلت في يد أحدهما زيادة غلة لم يشاء صاحبه فيها.

وفي الدار الواحدة إذا فضلت الغلة في يد أحدهما زيادة على مال أخذه شريكه شاركه صاحبه فيها.

والفرق بينهما أن التهايا في الدار الواحدة يقع تمييزاً وقسمة واستيفاء لحقه فلا يكون مناقلة، بدليل أنه لو استحق نصيب أحدهما لا يرجع على شريكه في نصيبه بشيء. وإذا كان كذلك فقد أوجب بعقده أن يستوفي هو من بدل المنافع مثل ما يستوفي صاحبه. فوجب المضي على عقده، فإذا استوفي أحدهما أكثر مما استوفاه صاحبه رجع به عليه. وليس كذلك في غلة الدارين، لأن المهايأة على غلة الدارين تقع مناقلة ولا تقع استيفاء، بدليل أنهما لو تهايا ثم استحق نصيب أحدهما رجع في حصة شريكه بحقه، فكل واحد نقل حقه أعطى إلى ما أخذه، فلم يبق له حق فيه، فسواء أخذ أقل أو أكثر لا سبيل له عليه.

٦٨٦- وإن تهايا في الخدمة على عبد أو أمة واشترطا على كل واحد منهما طعام جاريته أجره استحساناً.

وإن اشترطا الكسوة لم يجز، إلا أن يبين شيئاً معلوماً أو كانت كسوة مثلها معروفة.

والفرق أن الطعام المشروط على كل واحد مما لا يبقى ولا يسلم إلى صاحبه، فلم يكن فيه معنى التملك فصار لإباحة، والإباحة تقبل من الجهالة ما لا يقبله عقده، ألا ترى أنه لو قال: كل من مالي ما شئت فإنه لا يجوز، ولو أن رفقة خلطوا الدراهم ليشتروا المأكول جاز، وإن جاز أن يأكل واحد أكثر مما يأكل الآخر فجاز اشتراط الطعام. وفي الكسوة معنى التملك، لأنه يبقى بعد مضي مدة المهايأة فصار مشروطاً تملكاً، وملك المجهول لا يصح، فإذا بين صار معلوماً فجاز، فإن قيل: إن كان فيه معنى التملك وجب ألا يجوز، لأن تملك ثوب موصوف بثوب موصوف لا يجوز، وإنما يجوز إذا كانا معينين. الجواب ما بينا.

٦٨٧- إذا صالح من دم العمد على ما في بطن أمته لم يجز^(١).

(١) انظر البسوط (١٤٥/١٤)، والجامع الصغير (ص ٥١٨) والبدائع (٢٦٩/٧).

والفرق أن دم العمد يوجب المال من وجه، بدليل أن أحد الأولياء إذا صالح وعفا ينتقل حق الآخرين إلى المال، ولو كان الولي واحداً وعفا عن بعض الدم انتقل الباقي مالا، والقاتل إذا صالح ولي المقتول عن الدم على مال لا يعتبر خروجه من الثلث، فصار يملك ما في بطن أمته بما له حكم المال فلم يجوز، كما لو استأجر دابة على ما في بطن أمته. وليس كذلك الجعل في الخلع، لأن البضع عند خروجه عن ملك الزوج غير متقوم. بدليل أنها لو اختلعت نفسها في مرض موتها على مال اعتبر خروجه من الثلث، كاهبة، فقد شرط الجنين بدلا عن غير مال فجاز، كما لو أوصى له بما في بطن أمته. أو نقول: الدم متقوم في نفسه، بدليل أنه يجوز أن يجب العوض فيه حكماً، وينتقل إلى المال فجاز أن يعتبر فيه ما يعتبر في عقود المعاوضات، حتى لا يجوز على الجنين، كما لو تزوج امرأة على ما في بطن أمته. وأما الخلع فالبضع عند خروجه عن الملك غير متقوم، بدليل أنه لا ينتقل مالا بنفسه، ولا يجب البذل حكماً، وبدليل مسألة المريض فأشبه الوصية. أو نقول: إن الأحكام المتعلقة بالحمل موقوفة على الولادة بدلالة الميراث والوصية له. والنكاح والصلح لا يجوز تعليقهما بالشروط فلم يجوز أن يكون البذل منها متعلقاً استحقاقه بالولادة. وليس كذلك الخلع، لأنه يجوز تعليقه بالشروط والأخطار، لأنه طلاق فجاز أن يكون العوض فيه مما يقف استحقاقه على شرط وهو الولادة فجوزناه. ٦٨٨- إذا صالح من دم العمد على خمر أو خنزير أو حر وهو يعرفه كان عفواً ولا دية له عليه (١).

ولو كان الدم خطأ فصالح على هذه الأشياء كانت عليه الدية. والفرق أنه إما رضي بسقوط حقه عن الدم بشرط أن يسلم له هذه الأشياء، فإذا لم يسلم عاد إلى ما بإزائه وإبازائه الدم، والدم إذا سقط لا يجوز أن يعود، كما لو عفا ثم اتفقا على إبطال العفو لم يعد القصاص. وأما في الخطأ فالواجب الدية وهو إما رضي بسقوط حقه عن الدم بشرط أن تسلم له هذه الأشياء، فإذا لم تسلم عاد إلى ما بإزائه، لأن المال إذا سقط يجوز أن يعود، كما لو اشترى بدين له عليه شيئاً ثم تقايلا البيع عاد الدين، كذلك هذا.

(١) انظر البدائع (٢٦٩/٧).

٦٨٩- إذا قتلت أمة رجلاً خطأ وله وليان فولدت فصالح المولى أحد الوليين على أن يدفع إليه ابن الأمة بحقه من الدم فهو جائز، وهذا اختيار منه للنصف الباقي، ويجب عليه حصة الأجر على المولى.

ولو صالح على نصف الأمة الجانية لا يكون بذلك مختاراً لإمساك نصف الأمة .
[والفرق] أن حق المصالح سقط بالابن عن نصفه، وحق الآخر ثبت في نصف الأمة فهو مختار لإمساك نصفها، فصار كما لو قال: اخترت نصفها بنصف الدية.
وليس كذلك إذا صالح أحدهما على نصف الأمة، لأنه لم يجز إمساك شيء من الأمة، إذ حق الآخر ثابت في نصف الباقي، وهو لو دفعه إليه كان له، فلم يصير مختاراً، فلا يلزمه نصف الدية.

٦٩٠- إذا صولح من دعواه على عدل زطي لم يره، ثم صالح الفابض الآخر فرده على الثاني بقضاء أو بغير قضاء ليس للثاني أن يرده على الأول بخيار الرؤية.
ولو رده عليه بخيار العيب فله أن يرده على الأول بالعيب إذا كان الرد بقضاء.
والفرق أنه أوجب للثاني الحق من الحمل الذي وجب حقه فيه، وإيجاب حق الغير فيه أكد في البيع من الرد بخيار الرؤية، ولو رده فرضيه لم يكن له الرد، كذلك هذا.
وليس كذلك خيار العيب، لأن الأول لم يوجب له الحق في الحمل الذي أوجب حق الثاني فيه، لأن حقه ثبت في الجزء الفائت وفي بدله وهو في ذمة المشتري فلم يوجب الحق فيها في ذمة البائع، وإذا لم يوجب الحق في الحمل الذي وجب حقه فيه لم يصير مسقطاً لحقه من الرد ببقية حقه، فإذا رد عليه كان له أن يرده كما لو باع شيئاً آخر.

ووجه آخر أنه لما صالحه عليه وسلمت تحت الصفقة الأولى فيه، بدليل جواز مضالحة الثاني ولولا أنه ملكه وتمت الصفقة لما جاز أن يملكه غيره، وتام الصفقة يوجب بطلان خيار الرؤية، كما لو رآه وقبضه، أو نقول بالصلح انتقل الملك فيه إلي غيره، وانتقال الملك يوجب بطلان خيار الرؤية ولا يوجب بطلان خيار العيب، كما لو مات فورته ورثته .

٦٩١- إذا ادعى على رجل ألف درهم فأنكرها، ثم صالحه على أن يباعه بها عبداً فهو جائز، وهذا إقرار بالدين.

ولو قال: صالحتك منها على عبد لا يكون إقراراً بها.
والفرق أن البيع يقتضي أن يكون ما يباذله بدلاً مضموناً، فصار قوله: بعثك هذا العبد بما تدعيه، إقراراً بأن ما يدعيه مضمون، فكان إقراراً.

وليس كذلك لفظ الصلح، لأن الصلح لا يقتضي أن يكون بإزائه وهو المصالح عنه بدل مضمون، لأنه لو اقتضى ذلك لوجب أنه إذا صالح من الألف على خمسمائة لا يجوز، لأن الألف لا يكون مضموناً بخمسمائة، وإذا لم يقتض بدل مضموناً لم يكن دخوله في الصلح إقراراً بأن ما بإزائه يكون مضموناً عليه فلا يلزمه شيء.

٦٩٢- إذا صالح من الدين على عبد وهو مقر به وقبضه لم يكن له أن يبيع العبد مرابحة.

ولو اشتراه بألف جاز له أن يبيعه مرابحة.

والفرق بينهما أن عقد الصلح مبناه على المساهلة والخط والإبراء، بدليل أنه لو صالح من الألف على خمسمائة جاز، فلم يعلم كم لاقى العبد من الدين وكم خط، فلا يصل إلى الإخبار عن رأس المال من غير ظن ولا حرر فلا يجوز.

وليس كذلك البيع، لأنه ليس مبناه على الخط وإنما هو على الاعتياض فأمكنه الإخبار عن رأس ماله من غير ظن ولا حرر، فجاز أن يعقد مرابحة.

٦٩٣- إذا كان لرجلين على رجل مال وفي يده ألف درهم، لأحدهما ألف درهم، وللآخر مائة دينار فصالحاه من ذلك كله على ألف درهم وقبضاه لم يجز.

ولو كانت الألف والمائة دينار لواحد فصالحه على ألف درهم جاز.

والفرق أنه جعل الألف بدلاً عن الألف والمائة دينار، لأنه لم يرض أحدهما بسقوط حقه إلا بسلامة بعض الألف له فكان فيه قسمة الألف درهم على ألف ومائة دينار فكان ربا، لأنه يخص الألف أقل منها فلا يجوز.

وليس كذلك إذا كانا لواحد، لأنه لا يقسم الألف على الدراهم والدنانير، بل يجعل الألف مستبقاة، والمائة يبرأ منها ويمكن أن تجعل هكذا ليصح العقد فجعلناه كذلك.

٦٩٤- إذا طعن المشتري بغيب في جارية اشتراها فصالح المشتري البائع على أن قبل المبيع منه مع العيب وثوباً معها ويرد عليه الثمن فهو جائز، فإن استحق من يد البائع المبيع كان للمشتري أن يأخذ الثوب من البائع.

ولو طعن المشتري بغيب فصالحه البائع على عبد ودفعه إليه، ثم استحق المبيع فإن العبد يسلم للمشتري بحصته من الثمن.

والفرق أن البائع لما صالح على عبد فقد ألحق العبد بعقد قائم فاستحق به، فصار كأنهما موجودان وقت العقد، فاستحق أحدهما، ولو كان كذلك بقي الباقي بحصته، كذلك هذا.

وليس كذلك في المسألة الأولى إذا صالح البائع على أن يرد عليه المبيع وثوبًا معه، لأنه لما رد عليه المبيع وثوبًا معه لم يبق بينهما عقد، فلم يصير ملحقًا بعقد قائم فالتحق به فصار إنما جعل الثوب بدلًا عما فات من المبيع، فلما استحق تبين أن الغائب لم يكن مملوكًا للبائع من المشتري الثوب على غير حق موجود، فوجب أن يرد .
٦٩٥- إذا ادعى في دار دعوى، فصالحه على خدمة عبد سنة، فلصاحب الخدمة أن يخرج بالعبد من المصر إلى أهله.

ولو استأجر عبدًا لخدمته، لم يجز له أن يخرج به من المصر .
والفرق أن في مقابلة الخدمة بدل مستقر وهو رد العبد المستأجر على المؤجر ، فلو جوزنا للمستأجر السفر به لحاز أن يلزم المؤجر أضعاف قيمة ما أخذ من الأجرة على رده، فيؤدي إلى الإضرار به فلذلك لم يجز له السفر به ، ولهذا قلنا: إن للمرتهن أن يسافر بالعبد، لأن رده عليه لا على الراهن، فلا يؤدي جواز السفر به إلى إلزام غرم لم يرض به .
وأما العبد المصالح بخدمته فليس في مقابلة الخدمة مال مستقر، فلو ألزمناه مئونة الرد لم يؤد إلى أن يلزمه أكثر مما أخذ فجاز كما قلنا في الرهن، وكان الشيخ أبو بكر الرازي يقول: مسألة الصلح محمولة على أن المدعي كان متأهبًا للسفر ويخاصم، فصالح على الخدمة، فيصير ذلك دلالة على أن رب العبد رضي بإخراجه، فكأنه شرط ذلك، فعلى هذا لا يحتاج إلى الفرق .

٦٩٦- إذا صالح من الشفعة على مال بطلت الشفعة ولم يجب المال .
ولو صالح من دم العمد على مال جاز الصلح ووجب المال .
ولو صالح من الكفالة بالنفس على مال لم يجز الصلح ولم يجب المال .
والفرق أن ملك المشتري في الدار بعد الصلح مع الشفيع وقبله سواء ، فلم يستفد بالصلح حقًا لم يكن، والصلح من غير حق لا يجوز .
وليس كذلك الدم، لأن ملك القاتل في الدم مخالف لما كان قبله، لأنه كان مباح الدم للمولى، فإذا صالح زالت الإباحة وأسقط حقه عن التصرف في نفسه، فلذلك جاز الصلح، وإذا صح الصلح والدم مما يجوز أن ينتقل إلى المال بنفسه جاز أن يأخذ عنه العوض .
وفي الشفعة لا يجوز أن ينتقل مالا، ولا يسقط حقًا يجوز له التصرف فيه، فلا يصح أخذ مال عليه .

وفي الكفالة لا ينتقل مالا ولا يسقط حقًا يجوز له التصرف فيه فلم يجز أخذ العوض عليه كالوكالة والمضاربة .

كتاب الإكراه

٦٩٧- إذا أكره فقبل له: لتقتلنك أو لتشربن هذا الخمر أو لتأكلن هذه الميتة أو لحم الخنزير فلم يفعل حتى قتل كان آثماً^(١).

ولو أكره على أخذ مال الغير فامتنع منه حتى قتل لا يكون آثماً. والفرق أن الحظر في الميتة والخمر والخنزير لحق الله تعالى، والحظر يرتفع بالإكراه، بدليل قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُ عَلَيْهِ﴾ [الأنعام: ١١٩] فصار مباحاً، فقد امتنع عن أكل مباح حتى قتل فأثم.

وليس كذلك مال الغير، لأن الحظر فيه لحق المالك، وحقه يبقى مع الإكراه فبقي الحظر، فصار يمتنع عن المحذور حتى قتل، فكان مأموراً، كما لو امتنع عن الزنى أو قتل إنسان.

٦٩٨- ولو أكرهوه على هبة جارية لرجل ودفعها إليه فوهب ودفع واعتقها الموهوب له جاز عتقه عند علمائنا الثلاثة. ولو باعها الموهوب له لم يجز. والفرق أن هذا عتق صادر عن إكراه، بدليل أنه لولا الإكراه وإلا لما قدر الموهوب له على الإعتاق، والإكراه لا يمنع صحة الإعتاق فنفذ.

وليس كذلك البيع، لأنه بيع صادر عن الإكراه فلم يجز، كما لو أكره على البيع، يوضحه أنه بالإكراه على الهبة يأمره بأن يملكه، والملك تسليط على جميع أنواع التصرف، فكأنه سلطه على البيع مكرهاً فلم يجز، وفي العتق جعل كأنه سلطه على العتق مكرهاً فأعتق، كذلك هذا.

٦٩٩- لو أكره على أن يبيع عبداً له بألف فباعه بأكثر من ألف حاز البيع بالكل. ولو أكره على أن يقر بألف فأقر بأكثر منها جاز إقراره بتلك الزيادة ولم يجز بالألف.

والفرق أن في باب البيع هو غير مكره على تلك الزيادة، فصار راضياً بذلك القدر، فجاز العقد في ذلك الجزء، وإذا جاز في جزء جاز في الجميع، إذ لو جوزنا في بعضه لفرقنا الصفة عليه، وهذا لا يجوز، والدليل عليه أنه لو باع شيئاً على أنه بالخيار ثم أجاز العقد في نصفه فإنه يجوز في جميعه، كذلك هذا.

وأما في باب الإقرار فهو غير مكره على تلك الزيادة، فجاز إقراره بها، وجواز

(١) انظر المسوط للسرخسي (٤٧/٢٤).

إقراره في بعض ما أقر به لا يمنع بطلانه في الباقي، كما لو أقر لإنسان بألف وخمسمائة فرد إقراره في خمسمائة وادعى الألف لزمه الألف، كذلك هذا.

٧٠٠- لو أكره على أن يبيع بألف درهم فباع بمائة دينار قيمتها ألف درهم لم يجز البيع استحساناً. ولو أكره على أن يقر له بألف درهم فأقر بمائة دينار قيمتها ألف درهم جاز إقراره به.

والفرق أن الدراهم والدنانير في باب البياعات جعلت كالجنس الواحد، بدليل أنها من الأشياء وقيم المتلفات، والبيع يقتضي شيئاً، فصار الإكراه على أن يبيع بجنس الدراهم إكراهاً على أن يبيع بجنس الدنانير، وصار كأنه أكرهه على البيع مطلقاً فلم يجز البيع، سواء باع بالدراهم أو بالدنانير.

وليس كذلك الإقرار، لأنهما جنسان مختلفان حقيقة وإنما جعلنا كالجنس الواحد في كونهما شيئاً، والإقرار ليس بشيء، فلم يجعلنا كالشيء الواحد فقد عدل عما أكرهه عليه، فصار مختاراً في الدنانير فلزمه.

فإن قيل: لو قال: بعثك هذا العبد بألف، فقال: قبلت بمائة دينار قيمتها ألف درهم لم يجز، ولا يجعل كالجنس الواحد، وكذلك لو شهد شاهد بأنه باعه بألف، وشهد آخر بأنه باعه بمائة دينار قيمتها ألف درهم لم تجز شهادتهما، وكذلك لو اشترى بدنانير لم يجز له أن يبيع مرابحة على قيمتها بدراهم، وكذلك لو قال: اشتريت بألف درهم، وقال البائع: بعته بمائة دينار فإنهما يتحالفان، ولو كانا كالشيء الواحد لما ثبتت هذه الأحكام، والجواب ما بيناه.

٧٠١- إذا أكره على البيع والتسليم، فباع وسلم، ثم باع المشتري من غيره وسلم، ثم إن المالك أجاز أحد البيعين جاز البيع الثاني، وكذلك إذا تناسخته الباعة ثم أجاز أحد البيوع جاز الكل^(١).

ولو أن رجلاً باع مال غير بغير أمره، ثم باعه الآخر من آخر، والثالث من رابع، وأجاز صاحبه أحد العقود لم يجز جميع العقود، وإنما يجوز ما أجازاه وكذلك الغاصب إذا باع الشيء المغصوب من آخر، وباعه المشتري من آخر، فأجاز أحد البيعين بطل الآخر. والفرق أن المشتري من المكروه عقد على ملك نفسه، بدليل أنه لو أعتقه نفذ عتقه فيه، إلا أن لغيره وهو البائع حق الفسخ فيه، فإذا أجازاه فقد أسقط حق نفسه، فزال المانع

(١) انظر لسان المحكم (ص ٣١٢).

من نفوذ العقد تنفذت العقود كلها، كما لو اشترى عبداً على أن البائع بالخيار وباعه من غيره وسلم، ثم باعه المشتري الثالث وسلم، ثم أجاز البائع العقد الأول جازت العقود كلها، كذلك هذا.

وليس كذلك الغاصب وبائع مال الغير، لأن كل واحد لم يعقد على ملك نفسه، وإنما عقد على ملك غيره، وهو المصوب منه، بدليل أنه لو أعتقه لا ينفذ عتقه فيه، فقد عقد على ملك غيره عقوداً، فإجازة واحد لا توجب إجازة الآخر، كما لو باع عبده وجارته فأجاز بيع الجارية ولم يجر بيع الغلام، كذلك هذا.

وجه آخر أن المشتري عقد لنفسه، بدليل أن بدله يدخل في ملكه عند إجازته، وإذا لم يقع عقد المشتري للبائع، وإنما له حق الفسخ وإذا رضي به وأجازه فقد أسقط حقه فصار كما لو لم يكن، ولو لم يكن لجازت العقود كلها كذلك هذا.

وليس كذلك الغاصب، لأن هذه العقود كلها وقعت لصاحب المال، بدليل أنه إذا أجازه فإنه يدخل بدله في ملكه، فأى واحد تولاه وأجازه جاز وبطل ما سواه، كما لو عقد على شيئين له فأجاز العقد على أحدهما.

٧٠٢- ولو أن المشتري من المكره باعه من آخر حتى تناسخته الأيدي ثم إن المشتري الأخير أعتقه، ثم أجاز البيع لم تجز إجازته، ولصاحبه أن يضمن أيهم شاء^(١). ولو باع عبداً بيعاً فاسداً فباعه المشتري من آخر لم يجر له أن يضمن الثاني، وله أن يضمن الأول لا غير.

وجه الفرق أن في البيع الفاسد المالك سلط الأول إلى التصرف حتى باعه وسلمه فصار يتصرف بتسليطه وإذنه فيبيعه من الثالث بإذنه فلم يكن له أن يضمنه.

وليس كذلك الإكراه، لأن الإكراه يمنع صحة التسليط فلم يكن يبعه من الثاني بإذنه وتسليطه فصار الآخر متصرفاً في ملكه بغير أذنه، فكان له أن يضمنه.

٧٠٣- فإذا ضمن أحد الباعة لم تجز البيوع الماضية قبل ذلك، وجازت العقود التي بعدها.

ولو أجاز أحد البيوع جازت العقود التي قبلها وبعدها.

والفرق بين الإجازة والتضمن أن التضمن يتمحض تملكاً، وليس فيه معنى إسقاط حق، بدليل أنه يأخذ منه البذل لما نقل الملك فيه إليه فصار هذا تخصيصاً له بالتملك، فاحتص

(١) انظر البحر الرائق (٩/٦) وحاشية ابن عابدين (١٣٣/٦)، واللبوط (١٢٣/٢٤).

به، ولم يجوز ما قبله، كما قلنا في الغاصب إذا باع ثم أجاز لم تجز البيوع الماضية إلا أن اثني والثالث نفاذه من جهة الذي أجاز له، فكأنه كان ملكاً له فنفذ ما بعده من العقود. وأما الإجازة فيتمحض إسقاط الحق، فإذا أجازته فقط أسقط حق نفسه، وقد عقد على ملك نفسه عقوداً، وإنما امتنع من نفاذه لعدم رضاه، فإذا رضي جاز الجميع. ٧٠٤- إذا أكره على بيع عبده فباعه ولم يسلم، فأعتقه المشتري لم ينفذ عتقه، ولو قبضه نفذ عتقه.

ولو اشترى عبداً بشرط الخيار للبائع وقبضه أو لم يقبضه ثم أعتقه لم ينفذ عتقه. والفرق أنه إذا باع بشرط الخيار لنفسه لثلاث يملك عليه العبد من غير رضاه، أو لكلياً يموت ملكه عليه إلا برضاه، فلم يكن مسلطاً للمشتري على التصرف، فإذا أعتقه فلو نفذناه لأزلنا ملكه بغير رضاه، وهذا لا يجوز. وليس كذلك الإكراه، لأنه لم يشترط لنفسه خياراً، وإنما سلطه على التصرف والعتق وإكراهه على التسليم على العتق لا يمنع نفوذه، كما لو أكرهه على نفس الإعتاق لا يمنع نفوذه، فصح التسليم فعتق. أو نقول: المانع من نفوذ عتقه خيار البائع، وخياره بعد القبض باق فبقي المانع فلم يجوز.

وليس كذلك في مسألتنا، لأن المانع من نفوذه عدم القبض، فإذا زال المانع فنفذ.

٧٠٥- إذا أكره بوعيد تلف حتى جعل عتق عبده أو طلاق امرأته لم يدخل بها بيد رجل، فطلق أو أعتق ضمن المكره نصف المهر، وقيمة العبد^(١). ولو شهد الشهود بأنه جعل أمر امرأته بيد هذا! أو عتق عبده، ثم أعتق العبد وطلق المرأة، ثم رجعوا، فإنهم لا يغرمون شيئاً.

والفرق أن الإكراه أكد وأبلغ من تعلق الضمان به من الشهادة، بدليل أن في باب الإكراه يجعل المكره كالمباشر فينقل العقد إليه، ولا يجعل في الشهادة كذلك، ألا ترى أنه يجب القصاص على المكره بالقتل، ولا يجب القصاص على الشهود إذا رجعوا، والدليل عليه أن للقاضي ألا يقضي بشهادة الشهود، فلم يكونوا ملحقين فلا ينتقل الفعل إليهم، بخلاف الإكراه، فإن الفعل ينقل إليه فصار مباشراً بنفسه تفويت ملك غيره فغرمه وفي

(١) انظر البحر (٨٦/٨) وحاشية ابن عابدين (٧٥٤/٣). والمبسوط (٨٣/٢٤).

الشاهد تسبب ولم يباشر، فإذا لم يباشر إتلاف ملك غيره لم يغيرم .

٧٠٦- لو أكره بوعيد تلف على البيع، ولم يؤمر بالدفع، فباعه ودفعه لم يكن على الذي أكرهه شيء^(١).

ولو أكره بوعيد تلف على أن يهبه له، ولم يأمره بدفعه ولم ينه عن ذلك، فوهبه ودفعه، فقال له: قد وهبته لك فخذ، فأخذه الموهوب له فهلك عنده، كان الذي أكرهه ضامنا.

والفرق أن مقصوده من البيع يحصل بنفس العقد، لأن مقصوده من البيع التملك والملك في البيع يحصل بنفس العقد، فلم يكن الإكراه على العقد إكراهاً على القبض والتسليم، فصار مسلماً باختياره، فلم يكن عليه ضمان.

وليس كذلك الهبة، لأن مقصوده حصول الملك له والملك لا يحصل بنفس العقد، وإنما يحصل بالقبض على العقد، فصار إكراهه على العقد إكراهاً على التسليم فكان مكرهاً عليه فله أن يضمه.

٧٠٧- لو أكره رجلين بوعيد تلف حتى تبايعا وتقابضا عبداً، ثم أكره المشتري بوعيد تلف حتى قتل العبد عمداً بالسيف فلا قصاص على المكره، ولكن البائع يضمن المكره قيمته .

ولو كان أكرههما بالحبس على البيع، وأكره المشتري على القتل عمداً فللبائع قيمة العبد على المشتري، وللمشتري أن يقتل الذي أكرهه.

والفرق أن الإكراه بالحبس لا يوجب نقل الفعل فلم يوجب هذا الفعل ضمناً على المكره حتى يجب له حق ملك فيه، فلم يصر شبهة في درء القصاص، فجاز أن يقبض. وليس كذلك في المسألة الأخرى، لأن العقد أوجب الضمان على المكره، لأن الإكراه بوعيد تلف يوجب نقل الفعل إلى المكره، فقد وجب للمكره حق ملك فيه، فصار شبهة، والشبهة تدرأ القصاص، ولا يلزم الغاصب إذا قتل المعصوب فإنه لا يجب القصاص في إحدى الروايتين فلا يلزمنا .

(١) انظر المبسوط (٩٣/٢٤) والبدائع (١٧٦/٧).

كتاب الحجر

٧٠٨- قال محمد بن الحسن رحمه الله: إذا قال المحجور عليه: هذا أحي أو عمي لم يأخذ القاضي بقوله، ولا يوجب نفقته في ماله من غير بينة^(١).
ولو قال: هذا ابني أو هذا أبي صدقه القاضي، وفرض له نفقته في ماله.
والفرق أن نسب الأخ والعم لا يثبت بقوله، فلو أوجبنا لهم النفقة بإقراره لأوجبناها بقوله، وإيجاب الحق في ماله بقوله لا يجوز.
وليس كذلك الولد والوالد، لأنهما إذا تصادقا ثبت النسب بقولهما فإذا أوجبنا النفقة بقولهما لم نوجبها بقوله، ولا بقول الأب، وإن أوجبناها بثبوت النسب، وهذا جائز كما لو ثبت بالبينه.
٧٠٩- إذا بلغت المرأة مُفسدةً فاختلعت من زوجها بمال جاز الخلع، ولم يجب المال، فإذا صارت مُصلحةً لم تؤخذ بذلك^(٢).
والأمة إذا اختلعت نفسها من زوجها بمال لا يجب المال في الحال، فإذا اعتقت أخذت بذلك.
والفرق أن الأمة محجور عليها لحق الغير، وإن امتنع نفاذه لحق المولى، فإذا اعتقت خلص الحق لها، وزال المانع فلزمها المال، كما لو أقرت بدين.
وليس كذلك المرأة لأنها محجورة لحق نفسها، فلم ينفذ قولها في حق نفسها، فصارت كالصغيرة والمجنونة إذا أقرتا بمال واحتلعتا أنفسهما من الزوج بمال ثم بلغ الصبي وبرئ المجنون لا يلزمهما المال، كذلك هذا.
٧١٠- إذا أمر المصلح مفسدًا ببيع عبده، فباع وقبض الثمن جاز بيعه وقبضه.
ولو أمره بالبيع وهو مصلح، ثم فسد، ثم قبض الثمن لم يجز قبضه.
والفرق أنه إذا أمره وهو مصلح فقد أمره بعقد يتعلق حقوقه به، وقبض يتعلق عهده به، فإذا قبض بعد الحجر فقد قبض قبضًا لم يتعلق العهدة به، فلم يكن قبضه بأمره، فلا يجوز.
وليس كذلك إذا أمره بالبيع بعد الحجر، لأنه أمره بعقد لا يتعلق حقوقه به وقبض لا يتعلق عهده به، وقد قبض بتلك الصفة، فصار قبضه واقعًا بأمره فأجزأه.

(١) انظر تحفة الفقهاء (٢٥٨/٢) والبدائع (٥٢/٤).

(٢) انظر حاشية ابن عابدين (٤٥٨/٣) والمبسوط (١٧٤/٢٤).

٧١١- إذا باع المحجور ماله بضمن مثله، فرفع إلى القاضي أجزاءه وهي المشتري عن دفع الثمن إليه، فإن دفع له لم يبرأ، ويجب عليه أن يدفع ثمنًا آخر إلى القاضي. ولو وكل وكيلًا بالبيع ونهاه عن قبض الثمن، فقبضه فإنه يصح قبضه، ولا يحس المشتري على دفع الثمن مرة أخرى.

والفرق أن المحجور هو العاقد وحقوق العقد متعلقة به، وقبض الثمن من حقوق العقد، فإذا نهاه القاضي فقد أبطل حقه عن التصرف لفساده، وله أن يبطل حقوقه لفساده، كما يمنعه من البيع والشراء.

وليس كذلك الموكل، وذلك لأن العاقد هو، وحقوق العقد متعلقة به، وقبض الثمن من حقوقه، فوجب له قبضه، فصار الموكل بالنهي يبطل حقه، وليس إليه إبطال حق الموكل، كما لو نهاه عن دفع الثمن، فلا يبطل حقه ويصح قبضه بعد ذلك، كذلك هذا.

كتاب المضاربة

٧١٢- إذا دفع إليه ألف درهم مضاربة على مثل ما شرط فلان لفلان من الربح، فإن كانا علما جميعًا ما شرط فلان لفلان من الربح في مضاربه التي دفعها إليه فهذه المضاربة جائزة بمثل ذلك الشرط، وإن لم يعلماه أو علم أحدهما فالمضاربة فاسدة. ولو باع من إنسان شيئًا بمثل ما باعه فلان، والمشتري يعلم بما باعه والبائع لا يعلم جاز.

والفرق بينهما أن الحاجة في صحة عقد البيع إلى معرفة المستوجب للبذل، ليدي بماذا يطالبه، ألا ترى أنه لو اشترى عبدًا آبقًا عن صاحبه، وهو في يده جاز، لكونه قادرًا على قبضه، وإن لم يكن البائع قادرًا على تسليمه والمستوجب هو المشتري فإذا علمه فقد وجد معرفة من احتيج إلى معرفته في صحة العقد فجاز. وفي المضاربة كل واحد مستوجب الربح، رب المال برأس المال، والمضارب بالعمل، فاحتيج إلى معرفتهما جميعًا، فإذا لم يعلماه لم يجر.

٧١٣- إذا دفع المريض مالاً مضاربة إلى إنسان مضاربة فاسدة فعمل وجب له أجر المثل، والربح كله لرب المال، ويخاصم المضارب سائر الغرماء. ولو اشترى المريض شيئًا فوجب عليه الثمن كان المشتري أحق بالثمن ولا يضاربه سائر الغرماء.

والفرق أن حق الغرماء لا يثبت في المنافع، فصار وجوبه ببذل لم يثبت حقهم فيه،

فلم يكن ناقلاً حقهم، فصار مؤثراً بعض الغرماء على بعض، فلم يجزء وكان لهم أن يشاركوه.

وليس كذلك الثمن، لأنه بالشراء نقل حقهم نصفين إلى عين ثبت حقهم فيه، وإن حق النقل فانقطع حقهم عن الثمن فكان أولى به.

٧١٤- إذا اشترى المضارب بألف المضاربة عبداً فجنى عبده جناية خطأ لم يكن للمضارب أن يدفعه^(١).

ولو اشترى العبد المأذون عبداً، فجنى خطأ فله أن يدفعه.

والفرق أن المضارب يتصرف بالأمر، بدليل أنه إذا خص بنوع اختص به، ولا يكون له أن يتعدى إلى ذلك النوع، فدل أنه يتصرف بالأمر لا بفك الحجر، وقد أمر بالتجارة ولم يؤمر بغيرها، والدفع بالجناية ليس من التجارة، فلم يجز له فعله. وليس كذلك المأذون، لأنه يتصرف بفك الحجر، بدليل أنه إذا أذن له في نوع كان إذاً في جميع الأنواع، فصار يتصرف بفك الحجر في جميع أنواع الكسب، وهذا من التكسب فجاز كالحجر.

٧١٥- إذا دفع رجل إلى رجل ألف درهم مضاربة بالنصف على أن للمضارب - ما عمل في المال - أجر عشرة دراهم كل شهر، فعمل على هذا الشرط، فربح فالربح على ما اشترط، ولا أجر له.

ولو دفع أرضاً مزارعة على أن للعامل نصف الخارج، وأجر مائة درهم فعمل على هذا فله أجر المثل.

والفرق أن في المزارعة شرط الأجر بإزاء العمل، وشرط بإزاء العمل أيضاً بعض الخارج، وذلك يكون مزارعة، والأول إجارة، فقد أدخل عقد الإجارة في المزارعة فكان فاسداً، فاستحق أجر المثل.

وأما المضاربة فإنما اشترط له الأجر بإزائه لتسليم النفس في المدة، والربح مشروط بإزاء العمل، وهما عقدان مختلفان، ففساد أحدهما لا يوجب فساد الآخر، فبقيت المضاربة صحيحة، فكان الربح بينهما على الشرط.

ووجه آخر أن المضاربة أجريت بحرى الشركة، والشرط الفاسد إذا لحق بعقد الشركة بطل الشرط، وجاز العقد، كما لو شرط أن يكون الربح بينهما، والوضعية على

(١) انظر الهداية (٢١٣/٣) والبدائع (١٢٠/٦).

أحدهما فإن شرط الوضعية فاسد ، كذلك هذا.

وليس كذلك المزارعة، لأنها أحررت بحرى الإجازات، والشرط الفاسد إذا لحق بعقد الإجارة أنفسه، كذلك هذا.

٧١٦- إذا قال رب المال للمضارب: استدن علي، كان ما استدانه وما اشترى بالدين بينهما على المضاربة.

ولو قال: استدن على نفسك. كان ما اشتراه المضارب بالدين له خاصة، دون رب المال.

والفرق بينهما أنه إذا قال : استدن علي ، فقد أمره بأن يشتري بدين على رب المال، ووجوب الدين عليه لا يمنع من وقوع الشراء على حكم المضاربة، بدليل أنه لو دفع إليه مالا مضاربة فاشترى به شيئاً، ثم تلف المال وجب ضمانه على رب المال، ويكون الشراء واقعاً على المضاربة، كذلك هذا.

وليس كذلك إذا قال: استدن على نفسك، لأنه أمره أن يستدين عليه ووجوب الدين على المضارب يمنع من وقوع الشراء، على حكم المضاربة، والدليل عليه أنه لو خالف في المال حتى وجب الضمان عليه، ثم اشترى شيئاً فإن الشراء يقع له، لا للمضاربة، كذلك هذا .

٧١٧- وإذا دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة فاشترى بها عبداً يساري الذي درهم فجنى العبد جناتية، قال في الزيادات : الفداء عليهما أرباع؛ ربع على المضارب وثلاثة أرباع على رب المال، وبطلت المضاربة، والفداء يجب عليهما. وأما النفقة فإنها تجب على رب المال خاصة.

والفرق بينهما، على ظاهر الرواية في الزيادات: لأننا لو أوجبنا النفقة على المضارب لأدى إلى أن يحصل للمضارب الربح قبل حصول رأس المال لرب المال، ويجوز أن تنقص قيمته فيفوت الربح والنفقة لإتلاف ربع العين، فلا يملكه بإزاء النفقة فبقي الملك لرب المال، فتجب النفقة عليه.

وليس كذلك الفداء، لأن الفداء يقابل العين، فلو ملكناه الربح وأوجبنا عليه ربع الفداء، لم يؤد إلى أن يحصل له ربح قبل حصول رأس المال لرب المال، لأن الربح هو أن يحصل له شيء من المال من غير ضمان يقابله، وههنا يملكه بضمان يقابله.

ووجه آخر أن وجوب النفقة بمعنى يضم إلى رأس المال، فوجب على رب المال، كالثمن لو اشترى بألف المضاربة عبداً ثم تلف الألف فإنه يرجع على رب المال بألف ،

كذلك هذا.

وأما الفداء فوجوبه بمعنى لا يضم إلى رأس المال، فلا يجب على رب المال،

كذلك هذا.

٧١٨- فإن فدى العبد بألف خرج العبد كله عن المضاربة، وربعه ملك المضارب

وثلاثة أرباعه ملك رب المال.

ولو كان رأس المال ألف درهم فربح فصار ألفين، فاشتري عبداً بألفين فتلف الثمن في يده، فإن رب المال يغرم ألفاً وخمسمائة، ويغرم المضارب خمسمائة، ويدفعها إلى البائع، وأخذ العبد، فيكون ربع العبد للمضارب خاصة، ويبقى ثلاثة أرباعه على المضاربة.

والفرق أن الفداء ليس من موجب عقد المضاربة، بدليل أنه لو جنى العبد جناية، وفي يد المضارب مقدار ما يفدي لم يكن له أن يفدي، ولو فدى كان متطوعاً فقد وقع التمييز بما ليس من موجب المضاربة، فانفسخت المضاربة كما لو اقتسما المال.

وليس كذلك الثمن، لأن أداء الثمن من موجب العقد، لأنه لو اشترى شيئاً وفي يده من المال مقدار الثمن فإن له أن يؤدي الثمن من غير إذن رب المال، فقد وقع التمييز بما هو من موجب العقد، فلم يرفع العقد، فبقيت المضاربة في ثلاثة أرباع العبد، وربع بدل ما نقد من ماله خاصة، فسلم له، كما لو اشترى شيئاً.

كتاب الشرب

٧١٩- إذا كان نهر بين قوم لهم عليه أرضون، لا يعرفون كيف كان أصله بينهم، فاختلفوا فيه، واختصموا في الشرب فإن الشرب بينهم على قدر أراضيهم^(١).

ولو كانت ساحة بين قوم عليها ممرهم، اختلفوا فيها فإنها تقسم على عدد الرؤوس، دون عدد دورهم.

والفرق أن تصرف صاحب الأرض الكثير في الشرب أكثر من تصرف صاحب الأرض القليل، لأنه يحتاج إلى إجراء الماء أكثر مما يحتاج إليه الآخر، فصار لكل واحد يد في الشرب بأرضه، وأراضي كل قوم مختلف، فحققت يده في الشرب بقدرها، فكان أولى بذلك القدر.

(١) انظر الهداية (١٠٦/٤) والبحر (٢٤٤/٨) وفتاوى السعدي (٥٠٢/١) واليسوط (١٢٢/٢٣).
(١٧٩) ولسان الحكام (ص ٤٠٣).

وليس كذلك الطريق، لأن صاحب الدار الصغيرة يحتاج إلى الاستطراف نحو ما يحتاج إليه صاحب الكبيرة، فقد استويا في التصرف، وهو سبب الاستحقاق، وإذا استويا في سبب الاستحقاق استويا في المستحق، كدار في يد رجلين تنازعا فيها قسمت بينهما نصفين، كذلك هذا.

٧٢٠- نهر بين قوم وبعضهم غائب، فاصطلحوا على أن يقسموا لكل رجل شرباً مسمى، فقدم الغائب فله أن يطل القسمة، فإن كانوا أوفروه حقه وجازوه وأنبأوه لم يكن له نقضه^(١).

بخلاف الدار بين قوم وبعضهم غائب، فميزوا نصيب الغائب، ثم رجع فله أن ينقض القسمة.

والفرق أنا لو نقضنا القسمة في الشرب لأعدنا مثلها، لأنه يقع له في الثاني مثل ما وقع له في الأول، وهو يوم من كذا يوم، فلم يكن فائدة في القسمة فترك. وأما في الدار فمن حيث يفسخ القسمة لم يعد مثلها، لجواز أن يقع قسمه جانباً آخر فجاز أن يعاد القسمة.

٧٢١- إذا باع شرباً بأمة وقبضها، فوطئها رجل بشبهة، فأخذ العقر أو قطع يدها فأخذ الأرض، ثم ماتت الجارية عنده ضمن قيمتها، والمهر والأرض له. ولو ولدت ولدًا وماتت الأم ضمن قيمة الأم ولا يكون الولد له.

والفرق أن الأرض بدل جزء منها، وكذلك العقر والتضمين يوجبان نقل الملك فيها إليه، والأجزاء لا تنفصل عن الأم في نقل الملك لاستحالة أن يكون الأصل لواحد والبدل لآخر فملكها بجميع أجزائها، فكان بدلها له.

وليس كذلك الولد، لأن التضمين يوجب نقل الملك فيها، والولد ينفصل عن الأم في نقل الملك، ألا ترى أن المغرور يستحق رقيقاً، والولد يكون حرّاً فانتقال الملك في الأم لا يوجب في الولد الملك، فلم يملك الولد، فبقي على ملك صاحبه فسلم إليه.

٧٢٢- نهر بين قوم لهم عليه أرضون لكل واحد منهم أرض معلومة، فأراد بعضهم أن يسوق شربه إلى آخر لم يكن له في ذلك النهر شرب فيما مضى، فليس له ذلك^(٢). ولو كان طريق بين رجلين، اشترى أحدهما بحنب داره داراً أخرى فأراد أن يفتح

(١) انظر المبسوط (١٧٧/٢٣).

(٢) انظر المبسوط (١٧٩/٢٣).

بأنها في هذا الطريق كان له ذلك إن كان ساكن الدارين واحداً. والفرق أن في الشرب يستوجب لنفسه حقاً زائداً ، بدليل أنه عند الاختلاف يقسم الشرب على قدر الأراضي ، فإذا أراد أن يسوقه إلى أرض أخرى ليستوجب به حقاً زائداً لم يكن له ذلك.

وليس كذلك الطريق، لأنه لا يستوجب لنفسه حقاً زائداً، لأن الطريق عند الاختلاف تقسم على عدد الرؤوس، فإذا كان ساكن الدار واحداً فلم يستوجب به حقاً زائداً فكان له أن يفعل ذلك، وإن كان ساكن الدارين مختلفاً فهو يستوجب زائداً لا يقسم على عدد الرؤوس، فلا يكون له ذلك والله أعلم بالصواب.

كتاب الأشربة

٧٢٣- لا بأس ببيع العصير ممن يتخذه خمرًا^(١).

وكره بيع السلاح في أيام الفتنة^(٢).

والفرق أن تحريم الخمر لأجل المرارة والشدة، ولا فعل له فيها ، وإنما يجزئها الله تعالى فيه، فلم يكن نفس البيع إعانة على محظور فجاز.

وليس كذلك السلاح، لأن الكراهة لأجل استعماله من فعل المشتري، فصار بتمليك السلاح معيناً له على استعمال المحظور، والإعانة على المحظور محظور فكره .

والفرق أن السلاح لو كان ملكاً له يحال بينه وبينه في أيام الفتنة، وتزال يده، فلأن يحال بينه وبينه إذا لم يكن ملكاً له أولى .

وليس كذلك الخمر، لأن العصير لو كان في يد من يتخذه خمرًا لا يحال بينه وبينه، لأننا لو منعناه لم يقدر أحد أن يتخذه خلاً، لأنه لا يصير خلا ما لم يصير خمرًا، فإذا ملكه لأجل ذلك التصرف لم يكره له ذلك، كما لو لم يعلم أنه يتخذ خمرًا.

٧٢٤- إذا خاف على نفسه من الجوع، ومع رفيقه طعام ، فأبى أن يعطيه لا يحل له قتاله بالسلاح، ويقاتله بغير السلاح^(٣).

وإذا كان في البئر ماء، وهو محتاج إليه يخاف على نفسه، فمنعه صاحب البئر عن البئر جاز له أن يقاتله بالسلاح.

(١) انظر البحر (٨٧/٥)، (٢٣٠/٨) وفتاوى السعدي (٤٩٠/١) والمبسوط (٢٦/٢٤).

(٢) انظر الهداية (١٣٩/٢، ١٧٢) والبحر (٨٦/٥، ١٥٤) وشرح فتح القدير (١٠٧/٦)، والبدائع (٢٤٢/٧).

(٣) انظر أصول السرخسي (١٢١/١).

والفرق أن الطعام ملك له، وله أن يدفع عن ملكه ويقاتل، ولو قتل كان شهيداً، بدليل ما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «من قتل دون ماله فهو شهيد»، وإذا كان هو شهيداً كان ذاك ظالماً له، فكره له أن يقاتله بالسلاح، وقد اضطر في إحياء نفسه إلى ماله، فكان له أن يقاتله بغير السلاح.

وأما الماء فليس بمملوك له، فإذا منعه كان متعدياً في المنع، فكان له أن يقاتله بالسلاح، لأن هذا حقه، فإذا منع عن حقه كان له أن يقاتله بالسلاح، كما لو قاتله على مال.

كتاب الرهن

٧٢٥- الرهن بضمان الدرك لا يصح، ولا ي تلف على الضمان^(١).

ولو رهن منه شيئاً بعشرة يقرضه في ثاني الحال فتلف تلف على الضمان. ولو كفّل بضمان الدرك جاز.

والفرق أن ضمان الدرك غير حاصل في الحال، لجواز أن يلحقه درك أو لا يلحقه، فقد رهنه بغير مال مضمون، فلم يكن مضموناً كالرهن بالوديعة والعارية.

وأما ما يقرضه في ثاني الحال فهو مضمون، لأنه شرط أن يكون بإزائه عشرة داره فهو مقبوض على ضمان العشرة، فصار مضموناً كالمقبوض على السوم.

وأما الكفالة بالدرك فهو ضمان بما يستحق، والكفالة بضمان غير حاصل في الحال جائز، كما لو قال: ما بايعت فلاناً فأنا له ضامن فإنه يجوز، كذلك هذا.

٧٢٦- لو رهن دابتين فقتلت أحدهما الأخرى ذهب من الدين بحساب المقتولة.

ولو رهن عبيدين فقتل أحدهما الآخر انتقل ما في المقتول إلى القاتل، ولا يسقط شيء من الدين.

والفرق أن فعل الدابة هدر، بدليل ما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «العجماء جبار»^(٢)، فصار كأنه قال: مات حتف أنفه، ولو مات سقطت حصته، كذلك هذا.

وليس كذلك العبدان، لأن فعل العبد لا يكون هدرًا، بدليل أنه لو قتل عبدًا أجنبيًا تعلقت جنايته برقبته، فلم يكن هدرًا، فقام مقام المقتول، وانتقل ما فيه إليه، كما لو قتله

(١) انظر بدائع الصنائع (١٤٤/٦).

(٢) رواه البخاري (٥٤٥/٢)، (٢٥٣٣/٦). وانظر الدراية في تحريج الهداية (٢٨٣/٢) ونصب الرأية (٣٨٧، ٣٨٠/٢) ومختصر الطحاوي (١٥١/٥، ١٩٤) والائثار للشيباني (ص ٨٨) وتحفة الفقهاء (٣٣٠/١) والمبسوط للشيباني (٥٥٩/٤) والحجة له (٤٣٩/١) والهداية (٢٠١/٤).

عبد أجنبي.

٧٢٧- إذا رهن أرضًا مزروعة وشجرة مثمرة دخل الزرع والثمر في الرهن^(١). ولو باع أرضًا مزروعة وشجرة مثمرة لم يدخل الزرع والثمرة في البيع إلا بالشرط .
والفرق أنا لو لم ندخل الثمرة والزرع في العقد لأبطلنا العقد، لأن له اتصالاً بعين الرهن، واتصال غير الرهن بعين الرهن يمنع صحة الرهن للإشاعة، فمن حيث لا يدخل فيه نبطله فندخله .

وفي البيع لو لم يدخل في العقد لم يبطله، لأن البيع متصل بعين المبيع، وذلك لا يمنع صحة البيع، لأن الإشاعة لا تؤثر فيه.

٧٢٨- إذا اشترى شيئاً له حمل ومثونة فالتقيا في غير البلد الذي تبايعا فيه يكلف البائع إحضار المبيع أولاً، ثم نكلف المشتري إحضار الثمن.

ولو رهن شيئاً لرجل له حمل ومثونة ، فالتقيا في غير البلد الذي رهنه فيه، فطلب دينه فقال: احضر الرهن وخذ دينك، فليس على المرتهن أن يحضر الرهن، وله أن يأخذ الدين من الراهن بعد أن يحلف بالله ما نوى رهنك.

والفرق أنه لو لم يجبره على إحضار المبيع لأدى إلى أن يسقط عنه ضمان التسليم مع بقاء العقد، وهذا لا يجوز، كما لو باع المبيع قبل القبض لم يجز.

وأما في الرهن فلو جعلناه راضياً بحفظه في تلك البلدة ولم يجبره على إحضارها لأدى إلى أن يسقط عنه ضمان التسليم مع بقاء العقد، وهذا جائز، كما لو باعه منه أو وهبه قبل القبض، ولأن في البيع ملك المبيع بإزاء الثمن، فملك قابل ملكاً، وتسلم قابل تسليمًا، وإحضار قابل إحضارًا، فما لم يحضر أحدهما المبيع لا يجبر الآخر على إحضار الثمن.

٧٢٩- ولو رهن عند إنسان رهناً وجعله مسلطاً على بيعه عند حلول الدين فلما حل الأجل لم يجد من يشتريه بالنقد إلا بوكس فباعه بالنسيئة جاز، فإن قال الراهن: أحضر الثمن حتى أعطيك دينك لم يكن له ذلك، ويقال: أدّ الدين إلى المرتهن فإذا حل الأجل أخذ الثمن حينئذ ودفعه إليك.

ولو قتل العبد، فقضى بقيمته على عاقلة القاتل في ثلاث سنين، فأراد المرتهن أخذ دينه من الراهن لم يكن له ذلك حتى يحضر القيمة إلى الراهن.

والفرق أن القيمة تخلف العين، بدليل أنه لو رهن عنده عبداً قيمته ألف بألف،

فصار يساوي خمسمائة، فقتله إنسان فضمن قيمته، ثم تلفت تلك القيمة. يسقط جميع الدين، فصارت القيمة كالعين، ولو كان العين باقياً يكلف إحضاره، كذلك هذا. وليس كذلك الثمن، لأنه لا يخلف العين، بدليل أنه لو رهن عنده عبداً فبعته أنف، وسلطه على بيعه، فباعه بخمسمائة، ثم تلفت الخمسمائة لم يسقط جميع الدين، فلم يكن الدين ملائياً للثمن، فلا يكلف إحضاره، لأنه لا يقوم مقامه.

٧٣٠- إذا رهن جارية بألف وهي تساوي ألفاً فولدت ولدًا يساوي ألفاً، فزاده الراهن عبداً يساوي ألفاً، فماتت الأم بقي الولد بمائتين وخمسين درهماً، والعبد الزيادة بخمسمائة.

ولو ماتت الأم أولاً ثم زاده العبد فإن الولد يكون بمائتين وخمسين، والعبد الزائد بمائتين وخمسين.

والفرق أن الأم إذا ماتت صار للولد حصة من الضمان موقوفة على الفكاك، لأنه وجد ما يوجب انفساخ الضمان، لأننا لو لم نجعل له حصة لوجب أن يأخذ الراهن الولد مجاًئاً، ويسقط جميع الدين بموت الأم، فدل أن الأم ذهبت بالحصة، وبقيت للولد حصة فإذا ألحقت الزيادة التحق بما في الولد من الضمان.

وليس كذلك إذا كانت الأم حية، لأنه لا حصة للولد من الضمان، لأنه لم يوجد ما يوجب انفساخ الضمان، فلم يصير للولد حصة، فصارت الزيادة لاحقة بأصل الرهن وهي الجارية، فصار نصف الدين في الجارية ونصفه في الزيادة، فإذا ولدت انقسم ما فيها من الضمان فيها وفي ولدها، فصار في الولد ربع الدين وفي الأم ربعه.

وجه آخر وهو أنه ألحق الزيادة بالعقد، والعقد باق، لأن المعقود عليه وهو الأم باقية فالتحقت الزيادة بالعقد فلحققتها فانقسم ما فيها من الضمان نصفين نصف في الزيادة ونصف فيها، فلما ولدت انقسم ما فيها من الضمان فيها وفي ولدها.

وأما إذا زاده من الضمان نصفين نصف في الزيادة ونصف فيها، فلما ولدت انقسم ما فيها من الضمان فيها وفي ولدها.

وأما إذا زاد بعد موت الأم فالزيادة غير ملحقة بالعقد، لأن المعقود عليه قد فات وهي الأم، وإنما بقي نصف الضمان في الولد فقد ألحق الزيادة بالضمان، فلحق من له الضمان، إذ المرتهن صار مستوفياً لحصة الأم بالموت، فلا يصح إلحاق الزيادة به، ألا ترى أن الولد لو مات قبل الفكاك بطلت الزيادة، وفي الفصل الأول لو مات الولد لبقيت الزيادة رهناً مع الأم.

٧٣١- إذا رهن عبداً بألف وقضاه خمسمائة، ثم زاده جارية ثم تبين الخمسمائة التي قضاه زيوفاً، أو مستحقة كانت الزيادة ملحقة بالخمسمائة الباقية، ولو وجدها ستوفة أو رصاصاً فالزيادة رهن بالألف كله، فجعل في الزيادات الزيوف والمستحقة في الرهن سواء.

ولو اشترى عبداً بألف ونقده الثمن، ثم وجد الثمن مستحقاً أو رصاصاً فله أن يسترد المبيع فيحبسه على الاستيفاء، ولو وجدته زيوفاً لم يكن له أن يحبسه فجعل المستحقة كالستوفة في باب البيع، وفرق بينه وبين الزيوف، وفي الرهن سوى بينهما. والفرق أن البائع إنما سلم المبيع إليه بشرط أن يسلم له الثمن، لأن سلامة المقضي شرط في سلامة البذل المشتري، فإذا استحق لم يوجد شرط سلامة المبيع له فكان له أن يرجع فيه.

وليس كذلك الرهن، لأنه ليس من شرط صحة الزيادة سلامة المقضي له، لأن إلحاق الزيادة ببعض الضمان جائز، والمقضي له وإن استحق بعد ذلك فحين زاد حكمه فإن نصف الدين مقضي، فتكون الزيادة لاحقة بخمسمائة درهم.

٧٣٢- إذا رهن جارية بألف درهم فاعورت وولدت بعد العور فالولد يلحق بالجميع وجعل كأن الولادة كانت متقدمة على العور.

ولو زاد في الرهن بعد العور فالزيادة تلحق الباقي فتكون الجارية العوراء والزيادة رهناً بخمسمائة.

ولو لم تعور ولكنه قضى نصف الدين ثم زاد أو ولدت فالزيادة والولد يلحقان الباقي من الدين.

والفرق أن صحة الزيادة: بالضمان، بدليل أنه لو هلك جميع الرهن لم تصح الزيادة، ولأنه يحبس الزيادة بقبض مبتدأ، فوجب أن يكون من شرطها وجوب الضمان كالأصل، وإذا كانت صحتها بالضمان لحقت ما فيه الضمان ونصف الضمان فأت بالعور فحلقت الزيادة الباقي.

وليس كذلك الولد لأن وجوب حق الإمساك في الولد بالعقد لا بالضمان بدليل أنه حين يحدث لا يكون مضموناً حتى لو تلف لا يسقط شيء من الضمان، وإذا كان وجوبه بالعقد والعقد باق التحق بالجميع، والدليل على أن العقد باق وإن ذهب نصف الرهن بالاعور أن ما فات بالعور دخل في القضاء، وما دخل في القضاء تم العقد فيه، ولا ينحل العقد عنه، لأن مقصودهما من عقد الرهن استيفاء الحق من عينه، بدليل أنه يختص بما

يمكن استيفاء الحق منه، وقد حصل الاستيفاء فصار متممًا العقد فيه فلا يوجب انحلاله، فلحققت الزيادة للجميع.

وليس كذلك إذا قضاها بعض الدين، لأن ما قضاها انحل العقد عنه، لأن قضاء بعض الدين يوجب فسخ العقد عما بإزائه، ولا يوجب تميمه، ألا ترى أنه لو قضى جميع الدين انحل الرهن فلا يلحق الولد ما انحل العقد عنه، وأما الزيادة فصحتها بالضمان، وما انحل زال الضمان عنه فلم يلحقه. والله أعلم.

كتاب الوصايا

٧٣٣- إذا قال: ثلث مالي لفلان وفلان، وأحدهما ميت فالثلث كله للحي.

ولو قال: ثلث مالي بين فلان وفلان. وأحدهما ميت فللحي نصف الثلث^(١).

والفرق أن «بين» لفظ اشتراك، بدليل أنه لا يصح إدخاله على الواحد، فإذا قال: بين فلان وفلان، فقد أشرك بينهما في اللفظ، فلا يجب لكل واحد منهما إلا نصفه، فلا يستحق أكثر من النصف.

وفي مسألتنا قوله: لفلان فليس بلفظ اشتراك، بدليل أنه يصح لواحد وهو أن يقول: ثلث مالي لفلان، وسكت عليه فإنه يستحق الجميع، فثبت أنه ليس بلفظ اشتراك، فقد أوجب الجميع للأول والواجب للثاني مزاحمة بينه وبين الأول، ولا يصح وجود المزاحمة من الميت، فلم يوجد نقصانًا في الجارية للأول، فاستحق الجميع.

٧٣٤- إذا أوصى بثلث ماله لفلان وله مال فهلك ذلك المال أو لم يكن له مال ثم

اكتسب مالا فله ثلث ماله بعد موته.

ولو أوصى بثلث غنمه فهلك غنمه قبل موته، أو لم يكن له غنم في الأصل،

فالوصية باطلة، وكذلك العروض كلها.

والفرق أن الوصية قرينة الإرث، بدليل أنها تجب بما يجب به الإرث وتسقط بما يسقط به الإرث، والله تعالى أوجب الميراث في المال وهو قوله تعالى: ﴿إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمْ أَلْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ﴾ [البقرة: ١٨٠] جاء في التفسير مالا فقد أوصى بثلث ماله فقد عقد عقدًا له مثال في الشرع، فانصرف إلى ما له مثل في الشرع وما مثل له في الشرع من إيجاب الحق في المال، وهو الميراث يراعي ماله وقت الموت كذلك في الوصية.

(١) انظر البحر (٤٧٦/٨)، والمبسوط (١٥٧/٢٧، ١٥٩)، وبدائع الصنائع (٣٥٠/٧). وأعلام الموقعين (٢٨٩/١).

وليس كذلك في الغنم ، لأن الوصية قرينة الإرث والله تعالى لم يوجب الإرث في نوع خاص ، فإذا أضاف إلى نوع خاص ولم يكن عنده فقد أوجب الحق في معدوم، فلا تصح الوصية. ولأنه إذا أوصى بالغنم فقد أضاف الوصية إلى جهة خاصة ، فصار المراد به الموجود دون الحادث، كما لو وكله بقبض دينه الذي على فلان اختص بالدين الموجود عليه دون الدين الحادث.

وليس كذلك إذا قال: بثلت مالي، لأنه أضاف الوصية إلى جهة عامة، لأن المال اسم لما يتمول فيتناول الموجود والحادث، كما لو وكل وكيلا بقبض ديونه ورفع غلاته يتناول ذلك الإذن الموجود والحادث جميعاً كذلك هذا.

٧٣٥- إذا أوصى فقال: لفلان شاة من مالي، فليس له غنم فالوصية جائزة، ويعطي له قيمة شاة، وكذلك لو قال: له قفيز حنطة في مالي أو ثوب من مالي. ولو قال: له شاة من غنمي أو قفيز من حنطتي، ثم مات، وليس له غنم ولا حنطة فالوصية باطلة^(١).

والفرق أن الله تعالى أوجب الميراث في المال، فإذا أوصى له بشاة من ماله فقد عقد على ماله عقداً له مثال في الشرع فجاز إيجاب القيمة في ماله.

وليس كذلك إذا قال: شاة من غنمي ، لأن الله تعالى لم يوجب الحق فيه نوع خاص، فإذا أوجب فقد عقد عقداً ليس له مثال في الشرع، فكان إيجاب مجهول فلم يجز.

وفرق على بن عيسى العجمي بينهما أنه إذا قال : شاة من مالي ، لا فائدة في ذكر المال فلغاً، فصار كأنه قال: أوصيت لفلان بشاة ، ولا شاة له فيعطي قيمة شاة، كما لو قال: أوصيت لفلان بألف درهم من مالي.

وليس كذلك قوله : شاة من غنمي، لأن في تخصيص أغنامه فائدة، بدليل أن الورثة لو أرادوا أن يدفعوا من غنم غيرها لم يكن لهم ذلك فلم يبلغ ذكر الغنم فاختص بما خص فإذا لم يكن له غنم صار ذلك وصية بمعدوم، فلم يصح، الدليل عليه إذا قال: وصيت لفلان بألف التي لي في هذا الصندوق ولم يكن له في الصندوق شيء لم تصح الوصية، كذلك هذا.

(١) انظر الهداية (٢٣٩/٤)، والبحر (٤٧٨/٨)، والمبسوط (١٦١/٢٧)، والدر المختار (٦٧٤/٦).
والبدائع (٣٥٥/٧).

٧٣٦- إذا أوصى فقال: أوصيت بسالم لفلان، ثم قال: أوصيت بسالم لفلان آخر فالعبد بينهما تصفان .

ولو قال: العبد الذي أوصيت به لفلان هو لفلان. كان رجوعاً عن الوصية الأولى. والفرق أنه لما قال: العبد الذي أوصيت به لفلان هو لفلان، فقد تعرض للعبد الأول، لأنه ذكر وصية له، فلو جعلناه اشتراكاً لألغينا ذكر الوصية، ولا يجوز إلغاء اللفظ مع إمكان إعماله، فجعل نقلاً لما أوجب للأول إلى الثاني فكان رجوعاً. وليس كذلك المسألة الثانية، لأنه لم يتعرض للعقد الأول، حيث لم يعد ذلك الوصية له، إنما أوجب للثاني مثل ما أوجب للأول، فكان إشتراكاً، كما لو قال: أوصيت بثلاث مالي لفلان، ثم قال: أوصيت بثلاث لفلان آخر، كان إشتراكاً، كذلك هذا. ولأنه لما قال: العبد الذي أوصيت به لفلان هو لفلان، فقد ذكر العقد والمعقود عليه، ونقله إلى الثاني فلم يبق في المحل الأول لا عقد ولا عبد فلم يستحق شيئاً، كما لو قال: رجعت.

وليس كذلك إذا قال: أوصيت بسالم لفلان، لأنه لم يذكر العقد الأول، وإنما ذكر المعقود عليه وصحة العقد الأول بذكر فلان. ألا ترى أنه لو قال: أوصيت بهذا العبد، لم يصح حتى يبين الموصي له، فإذا قال: أوصيت به لفلان لم يذكر ما أوجب به الحق لغيره فلم يصح فاسخاً له ولا راجعاً، فبقي العقد الأول بحاله فاشتركا فيه.

٧٣٧- إذا قال: العبد الذي أوصيت به لفلان قد أوصيت به لفلان، كان رجوعاً وكذلك لو قال: فقد أوصيت به لفلان. وإن قال: العبد الذي أوصيت به لفلان وقد أوصيت به لفلان آخر كان العبد بينهما نصفين .

والفرق أن (قد) حرف يبدأ به في الكلام قال الله تعالى: ﴿ قَدْ أَفْلَحَ الْمُؤْمِنُونَ ﴾ [المؤمنون: ١] وقال: ﴿ قَدْ سَمِعَ اللَّهُ ﴾ [المجادلة: ١]، فقد ابتداء نقل العقد من الأول إلى الثاني فكان رجوعاً، وقوله فقد إبقاء للصلة، ووجود حرف الصلة وعدمه بمنزلة، فكانه قال: قد أوصيت.

وأما إذا قال: وقد أوصيت. فالواو للعطف، ولا يكون الثاني معطوفاً على الأول إلا بعد بقاء الأول، فلم يكن ذكره للثاني رجوعاً عن الأول، فصار اشتراكاً، فكانه قال: أوصيت به لهما، ولو قال هكذا كان بينهما، كذلك هذا.

٧٣٨- ولو أوصى بعبد لإنسان ثم جمحد الوصية له كان رجوعاً.
وقال في الجامع الكبير: إذا أوصى بعبد لإنسان ثم قال: اشهدوا أنني لم أوص بذلك
العبد لفلان. فإنه لا يكون رجوعاً.

والفرق أنه إذا قال: لم أوص فقد نفى وصيته له، وله نفيها فصار فاسخاً لها، كما
لو وكل وكبلاً ثم جمحد الوكالة صار عازلاً، كذلك هذا فصار الرجوع في ضمن نفيه،
فكانه قال: رجعت.

وليس كذلك إذا قال: اشهدوا، لأنه لم يحك نفيًا عن نفسه، وإنما أمرهم بالشهادة
على النفي، والأمر بالشهادة على نفي شيء وقد وجد ما كان أمراً بكذب، فلم يعمل،
فاستوى وجوده وعدمه، ولو لم يقل لبقيت الوصية، كذلك هذا.

٧٣٩- وإذا قاسم الوصي الورثة، ودفع إليهم حقوقهم، وأجاز حصة الوصية،
ودفعها فسرق لم يرجع في مال الميت بشيء في قول محمد خاصة، والمقاسة جائزة إذا
كانت الوصايا لله تعالى^(١).

وأما إذا كانت الوصية لأدمي وقسم وأخرج نصيبهم ثم هلك قبل أن يدفع إليهم،
فإنه يرجع في مال الميت، وتبطل قسمته.

والفرق بينهما أن الوصايا إذا كانت لله تعالى فالوصي يتفرد بتنفيذه، فينفرد
بقسمته، فصحت القسمة، فإذا هلك، هلك من مالهم، وإذا كانت الوصية لأدمي لم ينفرد
الوصي بتنفيذه، فلم ينفرد بقسمته، فلم تصح قسمته عليهم، فصارت القسمة كأنها لم
تكن، ولأن الوصايا إذا كانت لله تعالى، فالحق فيه للميت، وللوصي ولاية عليه فتفد
قسمته عليه.

وإذا كان الوصايا لأدمي فالحق فيه لأدمي، وهو الموصى له، ولا ولاية للوصي
عليه، فلم تفد قسمته عليه، فصارت كأن لم تكن.

٧٤٠- إذا أوصى بخدمة عبده لرجل فقتل العبد، فعلى القاتل قيمته في ثلاث سنين
ويشتري لها عبداً آخر يخدمه.

ولو استأجر عبداً من إنسان فقتل بطلت الإجارة، ولا يشتري بالقيمة عبداً آخر
يخدمه.

والفرق أن ابتداء الوصية بخدمة عبد يشتري جائز، لأنه لو أوصى بأن يشتري عبداً

(١) انظر البحر الرائق (٥١٤/٨)، وحاشية ابن عابدين (٧٢٦/٦).

ويخدم فلاناً صح، فلم يبطل ما كان بانتقاله إلى القيمة، وبقي العبد بقاء خلقه، كالمبيع إذا قتل في يد البائع.

وليس كذلك الإجارة، لأن ابتداء عقد الإجارة على عبد يشترى لا يجوز فجاز أن يبطل ما كان، ولأن حق الموصى له في العين، بدليل أنه يعتبر خروجه من الثلث لا المنفعة، فسرى إلى البطل، وأما في الإجارة فليس حقه في العين، وإنما ثبت حقه في المنفعة، بدليل أنه لو لم يبين مقدار مدة المنفعة لم يجز وإن كان العين معلومة، وإذا لم يتعلق حقه بالعين لم يسر إلى البطل.

٧٤١- إذا قتل العبد الموصى بخدمته فليس للموصى له أن يستوفي القصاص ولا للورثة، فإذا اجتمعوا فلهم ذلك، وليس للراهن أن يستوفي القصاص ولا للمرتهن فإذا اجتمعا فلهما استيفاء القصاص، وليس لأحد الشريكين أن يستوفي القصاص فإذا اجتمعا فلهما الاستيفاء.

وليس للبائع قبل التسليم أن يستوفي القصاص إذا قتل المبيع في يده، ولا للمشتري ولا إذا اجتمعا قبل إجازة المشتري ورضاه، فإن أجاز المشتري إمضاء البيع فله الاستيفاء، وإن اختار فسخ العقد فللبائع أن يستوفي، هكذا ذكره الكرخي عن محمد، وكذلك عبد المضاربة إذا قتل ليس للمضارب ولا لرب المال أن يقتص، ولا إذا اجتمعا، وكذلك عبد المكاتب والعبد المأذون إذا كان عليه دين فقتل ليس للمولى ولا للرماء أن يقتضوا ولا إذا اجتمعوا.

والفرق بين هذه المسائل أن من حيث توقف جواز استيفاء القصاص في الموصى بخدمته والمرهون والمشارك على رضا المرتهن والشريك والموصى له لم يؤدي إلى إبطال حقه، لأنه في باب الوصية إذا قتل العبد ينتهي عقد الوصية، فيصير صاحب الخدمة مستوفياً جميع حقه، ولا يبطل حقه بالقتل، كما لو مات العبد الموصى بخدمته وكذلك في المرهون قتله يكون دخولا في الاستيفاء، فيجعل كأنه مات في يده فلا يؤدي إلى إبطال حقه، وكذلك المشتري يقتله ينتهي ملكه فيصير كأنه مات، ففي هذه المسائل من حيث توقف استيفاء القصاص على رضا الموصى له، والمرتهن والشريك لا يؤدي إلى إبطال حقه فأوقفنا، فإذا تراضيا واجتمعا فقد اجتمع صاحب المال وصاحب الحق فجاز أن يقتلا.

وليس كذلك في المسائل الأخرى، لأننا من حيث توقف استيفاء أحدهما على رضا الآخر يؤدي إلى إبطال حقه، لأنه إذا قتل المبيع قبل التسليم فالتسليم فوات المعقود عليه، وفوات المعقود عليه قبل القبض يوجب بطلان العقد، وإذا بطل العقد سقط حقه، فلم يؤثر رضاه

في استيفاء القصاص، فمن حيث يشترط رضاه يبطله، وكذلك عند المضاربة إذا قتل يبطل حق المضارب، لأنه لا يحصل له شيء فيسقط ربحه. وفي عبد المكاتب يبطل حق المكاتب أيضًا، وكذلك في العبد المأذون وإذا قتل يبطل حق غرمائه بتلف العين. فمن حيث توقف على رضاه يسقط حقه فلا نوقف، فاستوى وجود رضاه وعدمه ولو لم يرض أحدهما باستيفاء القصاص لم يكن للآخر أن يستوفي، كذلك إذا اجتماعا، فصار هذا قتلا لم يوجب القود فوجبت الدية.

٧٤٢- إذا أوصى بأن يعتق عنه نسمة فأعتقها الوارث عن نفسه، جاز عن الميت. ولو أعتقها الوصي عن نفسه لم يجز عن الميت ولا عن نفسه. والفرق أن الوارث يتصرف بحق الملك، ولأنه موقوف على حكم ملك الميت، بدليل أنه لو ظهر عليه دين بطلت الوصية؛ وبيع في الدين، وللوارث حق ملك في أملاك الميت، فصار تصرفه بحق الملك فمخالفته جهة الأمر لا يمنع نفوذ تصرفه، دليله الرجل إذا طلق امرأته في حالة الحيض.

وليس كذلك الوصي، لأنه يتصرف بالأمر لا بحق الملك، فمخالفة جهة الأمر يمنع تصرفه، كما لو وكل وكيلًا بأن يطلق امرأته للسنة فطلقها للبدعة لم يقع، كذلك هذا.

٧٤٣- لو أن رجلا أوصى إلى عبد غيره فالوصية باطلة، وإن أجاز مولاه. ولو وكل عبد غيره جازت الوكالة ويكره إذا كان بغير إذن المولى، ولا يكره إذا كان بإذن المولى.

والفرق أن المولى إذا لم يأذن لم يجز تعلق العهدة به، وإذا وكله بالبيع وباع خرج هو عن العهدة، وإذا خرج هو عن العهدة تعلقت العهدة بالأمر فمن حيث يجوز تعلق العهدة به فجوزناه.

وليس كذلك الوصية، لأنه إذا باع الوصي تعلقت العهدة به، وخرج العاقد عن العهدة، فوجب تعلق العهدة بمن وقع العقد له، ولا يمكن تعليق العهدة بمن وقع العقد له، لأنه ميت فلو جوزنا وصايته إلى العبد بغير إذن المولى، لكان إذا باع لم يتعلق العهدة به فيؤدي إلى أن يعقد عقدًا لا يتعلق العهدة فيه بأحد، وهذا لا يجوز، ولأن الوصي يتصرف على الورثة فلو جوزنا الوصاية على عبد غيره، لكان للوارث أن يشتريه فيمنعه من التصرف عليه فلم يجز أن يكون وصيًا.

وليس كذلك الوكالة، لأنه يتصرف على الأمر لا على غيره، وقدرة الأمر على منع الوكيل من التصرف لا تمنع صحة الوكالة، كما لو وكل حرًا.

٧٤٤- إذا كان الوارث كبيراً غائباً، والموصى له كبير حاضراً، فقام الوصي
الموصى له، وأعطاه من المال حصته، وقبض نصيب الوارث، ثم تلف في يده فليس
لوارث أن يضمه.

ولو كان الموصى له غائباً فقام الوصي الوارث وأعطاه حصته، وأمسك حصة
الموصى له وميزه، وتلف في يده، فلصاحب الوصية أن يرجع على الورثة بثلاث ما بقي في
يده.

والفرق أن الموصى له لا يملك على طريق الخلف على الميت، وإنما يملكه ملكاً
مبتدأً، بدليل أنه لا يرد بالعيب، ولا يرد عليه، فصار كالمشتري من الميت ولا ولاية للولي
عليه، ولا يجوز قبضه عليه، وإذا لم يحز قبضه على الموصى له لم تصح القسمة، فإذا
تلف، تلف من الجميع، فكان له أن يأخذ ثلث ما بقي من يد الورثة.

وليس كذلك الوارث إذا كان غائباً، لأن الوارث يملك الشيء على طريق الخلف
عن الميت، بدليل أنه يرد بالعيب ويرد عليه والوصي يقوم بمال الميت، فجاز قبضه فصار
كما لو كان حاضراً فقبض نصيبه، ثم تلف في يده ولو كان كذلك لا يرجع في حصة
الوصي، على الموصى له بشيء، كذلك هذا.

٧٤٥- الوصي إذا احتال بدين من غريم أملاً منه جاز استحساناً.

ولو أن المريض احتال بدين له على واحد على إنسان آخر فإنه يجوز من الثلث.
والفرق أن الوصي أبسط يداً في باب التصرف في مال الميت من المريض في ماله،
بدليل أن المريض لو باع ماله بغبن يسير لا يجوز إذا كان عليه دين، ولو باعه من وارثه
لا يجوز، والوصي لو باع مال الميت بغبن يسير أو باعه من وارث نفسه جاز، فجاز ألا
يجعل تبرعاً في مال الميت من الوصي، ويجعل تبرعاً من المريض.

٧٤٦- إذا كان الوارث ابنين والمال ألفين أو الورثة ثلاثة بنين والمال ثلاثة آلاف
فاقتسموا وأخذ كل واحد ألفاً ثم أقر أحد الورثة بأن الميت أوصى لفلان بالثلث دفع
للموصى له ثلث ما في يده.

ولو أقر أن فلاناً أخ له رابع فإنه يدفع له ما في يده.

والفرق أن إقراره على بقية الورثة لا يصح بالوصية، فصار كما لو كان الورثة
وبقية المال لم يكن، ولو لم يكن إلا هذا القدر وهو الألف درهم وترك ابناً وأقر بأن
الميت أوصى بالثلث لرجل دفع إليه ثلث ما في يده، كذلك هذا.
وأما في الإقرار بالأخ لم يتخذ على سائر الورثة، وجعل كأنه لم يترك من الورثة إلا

هذا الابن وهذه الألف فأقر بأخ آخر قسم المال بينهما نصفين، كذلك هذا.
٧٤٧- ولو أوصى رجل لرجل بوصية فلا حكم للقبول والرد في حياته.

ولو أوصى إليه كان القبول والرد في حال حياته .
والفرق بينهما أن الوصية له إيجاب الحق له بعد الموت، بدليل أنه يراعي ثلث ماله عند الموت، فلو جعلنا الإيجاب عند العقد والتملك عند الموت لكان تعليق التملك بخطر، وأنه لا يجوز كذلك هذا وإذا كان الإيجاب عند الموت روعي القبول والرد في تلك الحالة.

وليس كذلك الوصية إليه، لأن الإيجاب عند العقد، لأنه يتصرف بإذنه، وإذنه وجد بالعقد ولو جعلنا الإيجاب بالعقد والتسليط على التصرف عند الموت لكان تعليقاً بتسليط على التصرف بخطر، وهذا جائز، كما لو قال: إذا قدم فلان فأنت وكيل، فإنه يصح، كذلك هذا. وإن كان الإيجاب عند العقد كان القبول والرد في تلك الحالة.

٧٤٨- إذا أوصى لرجل بوصية أو وهب شيئاً منه في مرضه. فقبل ثم رد بعد الموت فله ذلك.

ولو وهب له شيئاً في حالة الصحة ثم أراد أن يردّه بعد الموت لم يكن له ذلك^(١).
والفرق أنه إذا ملكها بعد الموت بالوصية أو في حال المرض فقد ملكها وله حق ملك فيها، وإذا رد على الورثة أعادها إلى حق ملك الميت، فهو بالرد يعيدها إلى ملك الذي استفاد الملك منه، فجاز كما لو قبل في حال الحياة ورد في حال الحياة .

وليس كذلك إذا ملكها في حال الصحة، لأنه ملكها وحقيقة الملك كان ثابتاً للراهب فيه، وبعد الموت يردّه إلى حكم ملكه، وليس للميت حقيقة ملك، فلم يعده إلى الملك الذي استوجبه فلم يجز، كما لو أراد أن يرد على إنسان آخر في حال حياته .
والفرق أن بعد الموت حالة يصح قبول الوصية فيها، وإذا كان وقتاً للقبول كان وقتاً للرد، كحالة الحياة والصحة في الهبة من الصحيح.

وأما إذا وهب وهو صحيح فرد بعد الموت فهذه حالة لا تصح لقبول هبة وحدث في حالة الصحة، وإذا لم يكن وقتاً للقبول لم يكن وقتاً للرد، فصار تملكاً مبتدأ، فإن أتى بما يحصل به الملك صح وإلا فلا.

٧٤٩- إذا أوصى بجاريته وهي ثلث ماله لإنسان فوهب لها ألف درهم فالجارية

(١) انظر البحر (٤٦١/٨) والمبسوط (٢٧/١٨٠).

وثالث الألف للموصى له.

ولو باع جارية أو تزوج امرأة على جارية فوهب لها ألف درهم قبل التسليم فالألف للبائع وللزوج عند أبي حنيفة خاصة .

والفرق أن الشيء إذا ألحق بالعقد اقتضى أن يملك على الوجه الذي يملك الأصل، والمبيع قد ملك بالضمان فلو ألحقنا الكسب بالعقد لم يكن له حصة من الضمان، فيؤدي إلى أن يملكه لا على الوجه الذي يملك الأصل وهذا لا يجوز فلا يلحقه به.

وليس كذلك في باب الوصية، لأننا لو ألحقناه بالعقد يملك على الوجه الذي يملك الأصل، لأنه يعتبر خروجها من الثلث كما يعتبر خروج الأصل من الثلث فجاز أن يلحق بالعقد على الأصل.

ووجه آخر أن الكسب لا يجوز لإفراد بعقد البيع، فلم يجز إلحاقه به، لأن للزيادة حكم الأصل كالخمر والخنزير.

وليس كذلك الوصية، لأنه يجوز لإفراده الكسب والغلة بعقد الوصية، فجاز إلحاقه بعقد الوصية.

وفرق آخر أن الكسب الذي يوجد في المستقبل جعل كالموجود في الحال في باب الوصية، بدليل جواز عقد الوصية عليه وبدليل أنه يعتبر خروجه من الثلث فصار كما لو كان موجوداً.

وليس كذلك في البيع، لأن الكسب في المستقبل في باب البيع لا يجعل كالموجود في الحال، بدليل أنه لا يجوز لإفراده بالعقد، وإذا لم يجعل كالموجود في ابتداء العقد لم يجز أن يجعل كالموجود في إلحاقه بالعقد .

٧٥٠- إذا أوصى بأحد عبديه لإنسان ثم مات فالبيان إلى الورثة، فأبي عبد عتيوه له كان له.

ولو أعتق أحد عبديه بغير عتيه، ثم مات ولم يبين فإنه يعتق من كل واحد نصفه. والفرق أن نفس الإعناق يوجب الحق، إلا أن العتق في الذمة إلى أن يصرفه إلى العين، فإذا مات سقطت ذمته، فانتقل إلى العين فعتق نصف كل واحد منهما لاستوائهما في الاستحقاق، فلو خیرنا الورثة في التعيين لخیرناهم في تعيين العتق الموقف في نصف حر ونصف عبد، وهذا لا يجوز.

وليس كذلك الوصية، لأن الوصية لإيجاب الحق بعد الموت، وبعد الموت الملك للورثة، وللميت حق فيه، فلو خیرنا لخیرناه بين تملیکه في التمييز وهذا جائز.

٧٥١- ولو أعتقهما الموصى له ثم عين الورثة أحدهما عتق ذلك الواحد.
ولو أعتق الموصى له أحدهما بعينه، ثم عين الورثة له ذلك العبد لم يعتق عليه.
والفرق أنه إذا أعتق أحدهما للورثة خيار في صرف ملكه عنه إلى غيره فقد أعتق عبداً، وللغير فيه خيار في صرف عتقه عنه إلى غيره، فلم يعتق، كما لو اشترى عبداً على أن البائع بالخيار، ثم أعتقه المشتري فإنه لا يعتق، كذلك هذا.
وأما إذا أعتقهما فليس للورثة خيار في صرف العتق عنهما، فصار معتقاً ملكه وملك غيره، فنفذ في ملك نفسه، ووقف في ملك غيره، كما لو قال لعبد وعبد غيره أعتقتكما.

٧٥٢- إذا قال: أوصيت لابني فلان بثلث مالي، فإذا ليس له إلا ابن واحد فله نصف المال.

ولو قال: أوصيت لابني فلان عمرو وخالد بثلث مالي، فإذا ليس له ولد غير عمرو كان الثلث كله له.

والفرق أن قوله «لابني فلان» لفظ اشتراك والاشتراك قد صح، بدليل أنه لو ولد لفلان ابن آخر فإنهما يستحقان الثلث، وإذا صح الاشتراك كان للموجود نصفه، كما لو قال: ثلث مالي بين فلان وفلان. وأحدهما ميت فللباقي نصف الثلث.

وليس كذلك قوله «عمرو وخالد»، لأن اللفظ ليس لفظ اشتراك، بدليل أنه ولد لفلان ابن آخر فسمي خالداً لا يستحق شيئاً، فقد أوجب الجميع لعمرو وأشرك فيه من لا يصح إشراكه فلم يزاحمه في الاستحقاق، فبقي الجميع له كما لو قال: أوصيت بثلث مالي لفلان وفلان وأحدهما ميت، فالثلث كله للحي كذلك هذا.

٧٥٣- إذا أوصى لرجل بجاريته على أن ما في بطنها لورثته على فرائض الله تعالى ثم مات الموصي، ثم وضعت الجارية فالرؤية جائزة والولد للورثة.
ولو أوصى بعبد واستثنى الخدمة لورثته لا يجوز.

والفرق أنه بالاستثناء منع دخول الجنين فيه، وأوجب أن يكون ميراثاً والولد عين، وتورث الأعيان جاز فلو جوزنا الاستثناء لملكنا الورثة عيناً، وهذا جائز.

وليس كذلك الخدمة، لأنه بالاستثناء منع دخول المنفعة في العقد، وأوجب أن يكون ميراثاً، والخدمة ليست بعين في العقد وتورث ما ليس بعين في العقد لا يجوز، كما لو استأجر عبداً ثم مات المستأجر لم يورث عند الخدمة، كذلك هذا.

٧٥٤- ولو أوصى بصرف غنمه ولبنها يتناول الموجود، وأما ما يحدث في ثاني

الحال لم تصح الوصية به.

ولو أوصى بغلة داره وعبده بجوز، وينصرف إلى ما يحدث^(١).
والفرق أنه يقف بعقده منافع عقاره على استغلال غيره وهذا جائز كما لو وقف عقاره على غيره.

وليس كذلك الصوف واللبن، لأنه يقف بعقده منافع حيوانه من الصوف واللبن على حال استغلال غيره وهذا لا يجوز، كما لو وقف عين الحيوان فإنه لا يجوز، والمعنى فيه أنه وقف ما لا يتأبد، لأن الحيوان لا يبقى بخلاف العقار.

وأما الفرق بين غلة العبد وخدمته واللبن والصوف: أن الخدمة جعلت في الحكم في عقود المعاوضات شئاً له بمنزلة الموجود، بدليل جواز الاعتياض عنها، والموجود بالموجود جائز، كذلك ما هو في حكمه.

وليس كذلك اللبن والصوف، لأنه لم يجعل بمنزلة الموجود، بدليل أنه لا يجوز الاعتياض عنهما بحال، فصار معدوماً، وتملك المعدوم لا يصح.

٧٥٥- ولو أوصى بشمرة بستانه وفيه شرة موجودة فما يحدث فيه لا يدخل في الوصية، ما لم يقل: أبداً^(٢).

وفي الغلة يدخل فيها الموجود والحادث.

والفرق أن حقيقة اسم الثمرة يتناول الموجود، بدليل قوله ﷺ «من باع نخلاً مؤثراً فثمرته للبائع إلا أن يشترط المبتاع» وأراد بالثمره الموجود دون الحادث، فإذا كانت الثمرة موجودة انصرف اللفظ إلى حقيقته، وإذا كانت الحقيقة مرادة باللفظ خرج المجاز من أن يكون مراداً، لأن اللفظ لا يطلق ويراد به الحقيقة والمجاز.

وليس كذلك الغلة، لأن حقيقة اسم الغلة يقع على الموجود والحادث، بدليل أنه وكل وكيلاً بدفع غلاته كان وكيلاً في الموجود والحادث فدخلا جميعاً في الأمر فتناولهما.
٧٥٦- إذا أوصى إلى إنسان فلم يقبل الوصية حتى مات الموصي، ثم باع واشترى شيئاً من تركته ولم يعلم بموته صار قابلاً للوصية، ولم يكن له رده.

ولو وكل وكيلاً ببيع أو شراء، ولم يعلم بالوكالة، فباع واشترى فإنه لا يصير وكيلاً

(١) انظر الهداية شرح البداية (٢٥٥/٤) وحاشية ابن عابدين (٦٥٤/٦) والجامع الصغير (٥٢٧/١) والمبسوط (٢/٢٨).

(٢) انظر الهداية شرح البداية (٢٥٥/٤)، والبحر الرائق (٥١٤/٨، ٥١٦) وحاشية ابن عابدين (٦/٦٩٥)، والجامع الصغير (ص ٥٢٧) وشرح فتح القدير (٥٢٤/٦).

ما لم يتصرف فيه بعد العلم.
والفرق أن الإيجاب قد تم من قبل الموصي بموته، بدليل أنه لا يقدر هو ولا وارثه على إبطاله، فوجب له حق التصرف، إلا أنه وقف على قبوله فإذا تصرف بما يدل على الرضا والقبول صار راضيًا، كما لو اشترى عبدًا على أنه بالخيار ثم باعه صار مخيرًا بالبيع. كذلك هذا.

وليس كذلك الوكالة، لأن الإيجاب لم يتم من قبل الموكل، بدليل أن لموجه إبطاله وعزله، فلم يصرف بفعله مجبرًا، كما لو اشترى عبدًا على أن البائع بالخيار، ثم باعه المشتري لم يجز، لأن الإيجاب لم يتم كذلك هذا والله أعلم بالصواب.

كتاب المأذون

٧٥٧- إذا قال لعبده: إذا أدبت ألفًا فأنت حر كان مأذونًا في التجارة، وجعله بمعنى الشرط والجزاء .

وقد قال أبو حنيفة رحمه الله: إذا قالت المرأة لزوجها: طلقني ولك ألف درهم. لم يجعل بمعنى الشرط، وإنما جعله إخبارًا حتى لو طلقها لا يلزمها شيء.
والفرق أن قوله: افعل ولك كذا. تحتل معنى الشرط والجزاء، كقوله: احمل هذا الشيء ولك درهم، أو خط هذا الثوب ولك درهم، فإذا حمل أو خاط لزمه الدرهم، ويحتل معنى الإخبار كقوله: افعل ذلك وأنت جالس أو قائم أو قاعد.
وفي مسألة المأذون لا يصح حمله على الإخبار، لأنه لما ذكر المال وقدمه على العتق اقتضى حصول المال قبل العتق، وإذا لم يصح حمله على الإخبار جعل شرطًا، وأما في الطلاق فلم يقدم ذكر المال فلم يكن المقصود تحصيل المال، فحمل على الإخبار، ولم يجعل أداء المال شرطًا في وقوع الطلاق، فكأنها قالت: طلقني ولك ألف درهم بسبب آخر.

٧٥٨- إذا كان لرجل عبد مأذون فقال: اشهدوا أنني قد حجرت عليه رأس الشهر كان باطلا ولا يصير محجورًا.

ولو وكل وكيلًا ثم قال: عزلتك رأس الشهر، كان معزولًا إذا جاء رأس الشهر، والفرق أنه لما وقت العزل فقد خص الإذن بوقت فصار كتخصيصه بنوع، فلو خص بنوع عم جميع الأنواع، كذلك إذا خص بوقت عم جميع الأوقات.
وأما الوكيل فقوله عزلتك رأس الشهر توقيت للتوكيل بشهر فصار كتخصيصه بوقت كتخصيصه بنوع، وقد خص بنوع فإنه يختص به ولا يعدوه، فكذلك إذا خص بوقت

اختص به ولا يعدوه .

٧٥٩- إذا قال القاضي لعبد اليتيم: اتجر في البر ولا تعده إلى غيره، فإني قد حجرت عليك أن تعدوه إلى غيره، كان مأذوناً له في جميع التحارات. ولو عقد عقداً في غير ما أمره به فرفع إليه فأبطله، ثم رفع إلى قاض آخر نفذ إبطاله.

والفرق أن قوله في المسألة الأولى ليس بقضاء، لأن القضاء يختص بالموجود دون المعدوم، ألا ترى أنه لو قال: أبطلت كل عقد يعقد مختلفاً فيه فإنه لا يبطل ما لم يعقد فيه بعده وإذا لم يكن يعقد فيبطله بعده، وإذا لم يكن قضاء كان إذناً بأن يعقد ويتجر، والإذن في التجارة يعم ولا يختص، كما لو وجد عن المالك.

وإذا عقد عقداً واحداً في غير ما أمره فأبطله كان إبطاله قضاء، لأنه أبطل شيئاً موجوداً، والقضاء يختص بالموجود، وإذا كان قوله قضاء لا إذناً، والقضاء مما يختص بالموجود فاختص ونفذ فإذا رجع إلى قاض آخر فقد رجع إليه قضاؤه، فكان عليه تنفيذه.

٧٦٠- صبي محجور باع عبداً فضمن عنه إنسان الدرك في أصل العقد، ثم قبض العبد منه ثم استحق العبد في يد المشتري فالضمان جائز، ويؤخذ الكفيل بالثمن. ولو قبض العبد ثم ضمن المشتري رجلاً بالدرك فإنه لا يصح ضمانه.

والفرق بينهما أنه ضمن ما يقبضه في المستقبل، وما يقبضه يجوز أن يكون مضموناً عليه، لأنه لو أذن في التجارة كان مضموناً عليه، فإذا جاز أن يكون مضموناً في الشرع بالإذن جاز أن يصير مضموناً عليه بالشرط، وإن لم يكن مضموناً على القابض والدليل عليه لو قال: ادفع عشرة دراهم إلى المساكين على أي ضامن، فإن الضمان يصح وإن لم يكن مضموناً على القابض، كذلك هذا.

وليس كذلك إذا ضمن بعد ما قبض العبد من المشتري، لأنه ضمن ما قبض وما قبض كان غير مضمون، ولا يجوز أن يصير بالإذن مضموناً فقد ضمن غير مضمون، فلم يصح الضمان، كرجل دفع عشرة دراهم إلى المساكين ثم جاء رجل يضمنها إن الضمان لا يصح كذلك هذا.

٧٦١- لو أمر المولى قوماً أن يبايعوا عبده، والعبد لا يعلم بأمر المولى جاز بيعه منهم إذا بايعوه.

ولو قال لرجل: اشتر عبدي من فلان، فذهب واشترى ولم يعلم الوكيل بالأمر لم يجز بيعه منه.

والفرق أن الحاجة إلى الإذن في مسألة المأذون لحق من يعاقده لا لحق العبد، لأن عقد العبد من غير إذن يصح وينفذ في حق العبد، وإنما يتأخر الطلب بضمانه إلى حالة العتق، وإذا كانت الحاجة إلى الإذن لحقهم وعلموا جاز، كما لو علم الكل.

وليس كذلك مسألة الوكالة، لأن الحاجة إلى إذن صاحبه في البيع لحق الوكيل حتى يتعلق العهدة به، ويثبت له الرجوع بمقتضاه على الأمر، ولم يعلم الوكيل فلم يتعلق العهدة بالعائد، وهو من أهله كان عقدًا بغير إذن فلم يجوز.

٧٦٢- وإذا أشهد الرجل أهل سوقه أنه حجر على عبده المأذون لم يصح محجورًا إن لم يعلم العبد بالحجر.

ولو أذن لعبده المحجور في التجارة بين يدي أهل سوقه فبايعوه ولم يعلم العبد كان مأذونًا.

والفرق أن الإذن في التجارة فيه نوع حق للعبد وفي الحجر لإبطال حقه، بدليل أنه يتعلق برقبته حتى يتبع ملك المولى، فلا يبقى عليه ضمان بعد العتق، وبالحجر يبطل ذلك فيلزمه بعد العتق، وإذا كان للعبد فيه حق احتيج إلى علمه في إبطال حقه كالوكيل. وليس هذا كالإذن، لأن الإذن حق الغرماء، لأن الضرر يلحقهم إذا عاقده وكان محجورًا، فإن الضمان يتأخر إلى حالة العتق، وليس فيه إبطال حق للعبد، فجاز إذا علموا إن لم يعلم بذلك إذ ليس فيه إبطال حقه.

٧٦٣- إذا وجبت على الجارية المأذونة ديون فولدت بيع ولدها معها في الدين. ولو ولدت أولًا ثم لحقها دين لا يباع ولدها. ولو وهبت لها هبة أو اكتسبت كسبًا قبل الدين أو بعده قضى الدين من جميع اكتسابها.

والفرق أن الدين يتعلق برقبته، بدليل أنها تباع فيه، فجاز أن يسري إلى الولد كالتدبير والاستيلاء إذا ولدت أولًا، فلم يكن الدين ثابتًا في الأم وقت الولادة، فتأخر الحق عن الولادة، والحق المتأخر لا ينفذ في الولادة المتقدمة كالتدبير والاستيلاء. أما الفرق بين الكسب والولد إذا تقدم على الدين: أن العبد بالعقد يلزم إكسابه ضمانًا، ويوجب الحق فيها، وهو يملك إيجاب الحق فيها، ألا ترى أنه لو باعها جاز، فجاز ثبوت دينه فيه.

وليس كذلك الولد، لأنه بإيجاب الدين على نفسها يلزم الولد المولود قبل الدين ضمانًا، وهو لا يقدر على إيجاب الحق فيه، ألا ترى أنها لو أرادت بيعه أو رهته لم يكن

- لها ذلك، فصار كولد غيرها، ولا يقدر على إيجاب الحق في ولد غيرها، كذلك هذا.
- ٧٦٤- إذا جنت أمة جنابة ثم ولدت ولذا لم يدفع ولدها معها ولا تثبت الجنابة في الولد. والمأذونة إذا ركبها الديون فولدت بيع ولدها معها .
- والفرق أن الجنابة لم تتعلق بعينها، وإنما تجب بمجهولة ، ألا ترى أنها تجب على العاقلة، وعاقلتها مولاهما فوجبت على المولى، وإذا لم يتعين الحق في الأم لا يسري إلى الولد.
- وليس كذلك الدين، لأنه تعين في رقبته، بدليل أنها تتبع به بعد العتق، والحق إذا تعين في الأم سرى إلى الولد كالكتابة والتدبير والاستيلاء .
- ٧٦٥- العبد المأذون إذا اشترى وباع فركبه الديون، فوهبها من العبد لم يكن للعبد الرجوع على المولى بما وهبوه منه .
- والوكيل بالشراء والكفيل بالثمن إذا وهب منه المال ثبت له الرجوع على الموكل والمكفول عنه.
- والفرق بينهما أن رجوع العبد على المولى لحق الغرماء لا لحق نفسه، لأنه ليس من أهل وجوب الضمان له على مولاه، وإذا كان الرجوع لحق الغرماء وقد زال حقهم زال الرجوع.
- وليس كذلك الوكيل والكفيل، لأن ثبوت الرجوع لهما لحق أنفسهما لا لحق الغرماء، لأن صحة التوكيل بضمان منعقد بين الوكيل والموكل، بدليل أن ما لا يجوز أن يكون مضموناً لا يصح التوكيل به، وكذلك نفس الكفالة توجب ضماناً عليه يثبت له الرجوع به عليه، وإذا كان ثبوت رجوع الوكيل لحق نفسه وقد ملك ما عليه بالهبة كالمالك بالأداء، ولو أدى لرجع به عليه، كذلك هذا.
- ٧٦٦- عبد بين رجلين، عليه ألف درهم لرجلين، وفي يده ألف درهم، فأخذ أحد الموليين الألف من يده وأتلفه ، فرفع إلى القاضي، فقضى لكل واحد من الغريمين بخمسمائة درهم عليه، ولم يدفع حتى أبراه أحد الغرماء من دينه سلم الألف كله للآخر .
- ولو أن رجلين ادعيا داراً وأقاما البيتين، فقضى القاضي لكل واحد بنصفها ثم إن أحدهما ترك دعواه لا يسلم للآخر إلا النصف.
- والفرق أن حق كل واحد تعين في نصف الدار، لأن كل واحد أثبت الجميع لنفسه والعين ضاقت عن جميعهما، فصار حق كل واحد نصفه، فإذا ترك أحدهما الدعوى لم يستحق الآخر أكثر من حقه.

وليس كذلك الغريماني، لأن حقهما ثبت في الذمة، والذمة تسع الحقوق كلها فثبت لكل واحد ألف في ذمته، وتعذر استيفاء بعضه لا يسقطه فبقي حقه بكماله، فإذا أبرأ أحدهما صار كأنه لم يكن، وقدر الآخر على استيفاء جميع ديونه فكان له أن يستوفيه.

ووجه آخر أن القاضي لما قضى بنصف الدار فقد فسخ عقده في بعضه، وللقاضي اجتهاد في فسخ العقود وإجازتها، فإذا فسخ انفسخ، فلا يعود من غير تجديد.

وأما في مسألة الدين فليس للقاضي ولاية في إبطال الدين ولا اجتهاد له فيها، فلم يظل حق كل واحد عما استوجبه فبقي جميع دينه إلا أنه نقض لأجل المزاحمة، وقد ارتفعت المزاحمة باهبة فسلم الجميع للآخر، كأحد الشفيعين إذا سلم الشفعة سلم الجميع للآخر، كذلك هذا.

٧٦٧- العبد المأذون إذا ركبته الديون فباع شيئاً مما في يده من مولاه بمثل قيمته جاز. والمريض إذا كان عليه ديون فباع شيئاً من وارثه بمثل قيمته لم يجز.

والفرق أن للمولى أن يفدي عبده وما في يده بقضاء دينه ويملكه بالفداء، ألا ترى أنه لو قضى جميع دينه ملك جميع الرقبة، وما في يده فهو بالفداء ينقل حقهم من العين إلى البذل، فسلم له ما في يده بالفداء لا بالشراء فجاز أن يسلم له.

وأما في المريض فالوارث لا يملك مال مورثه من تركته، بدليل أن الوارث لو قضى جميع دينه في حال حياته لم يملك شيئاً من تركته، فإذا لم يملكه الورثة بالفداء صار تسليمه بالشراء، وفي الشراء منه تخصيص له بالعين، والتخصيص بالعين مما يصح الإيصاء به، فإذا فعله في المرض كان وصية، ولا وصية للوارث فلم يجز.

٧٦٨- إذا كان على المأذون دين فأقر بشيء بعينه في يده أنه لفلان جاز إقراره وكان أولى من الغرماء.

ولو أقر المريض بعين في يده لإنسان وعليه دين لم يكن المقر له بالعين أولى. والفرق أن حجر المريض أكد من حجر المأذون في حق الغرماء، ألا ترى أنه لو باع المأذون بمحاباة قليلة جاز، وعند أبي حنيفة يجوز بالمحاباة الكثيرة أيضاً، فجاز أن ينفذ إقراره عند ضعف الحجر وإن لم ينفذ عند موته.

٧٦٩- وإذا أذن لعبده في التجارة فقال لرجل: أقررت لك بألف درهم وأنا محجور عليّ، وقال ذلك الرجل: كنت مأذوناً فالقول قول المقر له، ويلزمه المال. ولو أن صبياً بلغ فقال: أقررت لك وأنا صبي بألف درهم، وقال المقر له: لا بل أقررت وأنت بالغ، فالقول قول المقر.

والفرق بينهما أن إقراره في حال المحر يوجب المال، إلا أنه يتأخر إلى وقت الحرية فقد أقر بوجوب المال عليه في الحال فادعى تأخيرته إلى غاية، فلم يصدق على دعوى الأجل، كما لو قال: لك علي ألف درهم، قد أجلتني فيها. وليس كذلك إذا قال: أقررت وأنا صبي، لأن إقراره في حال الصبا لا يوجب الضمان، فلم يقر بما يوجب الضمان، وإنما أضاف الإقرار إلى حالة لو وجد في تلك الحالة لم يتعلق به حكم، كذلك إذا أضافه إليه.

(فصل)

٧٧٠- إذا اشترى المحجور عليه عبدًا فأجازه المولى جاز. ولو أن حرًا اشترى لغيره عبدًا بغير إذنه فأجازه المشتري له لم يجز. والفرق أن العبد لا يقدر على إيجاب الملك لنفسه بعقده إذا كان محجورًا فإذا عقد عقدًا لم ينقذ عليه فوقف على إجازة المولى فإذا أجازه جاز. وفي الأجنبي هو يقدر على إيجاب الملك لنفسه بعقده، فلما وجد العقد نفاذًا نفذ على المشتري، فصار يجيز العقد بعد نفوذه، فلم تعمل إجازته، كما لو أعتق عبده عن غيره بغير إذنه، ثم أجازه لم تعمل إجازته، كذلك هذا.

٧٧١- المأذون إذا كان عليه دين فباع شيئًا مما في يده بغير يسير جاز، وكذلك المكاتب، وكذلك الأب والجد والوصي والقاضي إذا باعوا مال اليتيم وكذلك المضارب وشريك العنان والمفاوض إذا باع من أجنبي بمحابة يسيرة جاز. فإن باع المأذون من مولاه بغير يسير وعليه دين لم يجز، وكذلك المضارب إذا باع مال المضاربة من رب المال وعليه دين للمضاربة بغير يسير لم يجز، وكذلك المريض إذا باع ما في يديه وعليه دين بغير يسير لم يجز.

والفرق بين هذه المسائل أن حق الغرماء تعلق بعين مال المريض بدليل أنه لو أراد أن يتبرع به لم يجز، وكذلك حق الغرماء تعلق بعين ما في يد المأذون، وكذلك المضارب، وصار المضارب والعبد والمريض محجورًا عليه في حق المولى ورب المال وسائر الناس لا تلحقه التهمة في حقهم، وإنما يجوز تصرفه مع هؤلاء على وجه نقل الحق من ملك محل إلى محل فإن نقل الجميع لا تلحقه التهمة فجاز، وقام الثاني مقام الأول، وإن نقل البعض دون البعض لحقته التهمة فيه فلم يجز فإذا بلغ بغير يسير من هؤلاء وقد نقل البعض دون البعض فلحقته التهمة فلم يجز، وأما إذا باعوا من الأجانب فلا تلحقهم التهمة في حقهم، فلم يكن جواز تصرفه بحق النقل، وإنما هو بحكم التجارة، فإذا باع ولم

تلحقه التهمة جاز.

وأما المأذون والأب والجد والقاضي فجواز تصرفهم ليس هو على وجه النقل بدليل أنه لا تلحقهم التهمة في حق الأجانب وإنما لهم حق التصرف على وجه الاحتياط، والاحتياط ما يكون من فعل التجار، وهذا أخذ عليه عند التجارة، فإذا باعه به وهو مما يكون تناوله تلحقه شيئاً، ولم يلحقه التهمة جاز، وإذا ظهر الغبن وهو ليس بأخذ شنه، فصار تاركاً للاحتياط فلم يجز تصرفه، وأما إذا باع المأذون بغبن كثير فعند أبي حنيفة رحمه الله يجوز، لأنه يتصرف لنفسه بفك الحجر، فصار كالحر الصحيح.

كتاب الديات والجنايات

٧٧٢- إذا ضرب سن رجل فاسودت فقال الضارب: اسودت من مرض جد فيها بعد ضربي وكذبه المضروب فالقول قول المضروب مع يمينه^(١).
ولو شجه موضحه فصارت منقولة، فقال المضروب: إنما صارت منقولة من ضربك، وقال الضارب: إنما صارت منقولة من شيء آخر فالقول قول الضارب.
والفرق أن السواد إذا وجد عقبب الضرب فالظاهر أنه وقع منه، فإذا قال: إنه وقع من غيره، فقد ادعى خلاف الظاهر فلا يصدق.

وليس كذلك الشجة، لأن الظاهر أن الموضحة لا تصير منقولة بنفسها، لأن المنقولة أن تنقل العظم من محل إلى محل آخر، وهو لا يحصل بغير فعل أحد، وإنما تصير منقولة بفعل آخر، فصار الضارب يدعي والظاهر معه، فالقول قوله، والمضروب يدعي خلاف الظاهر فلم يقبل قوله.

٧٧٣- إذا أقر أنه قتل رجلاً عمداً، وادعى المولى الخطأ فلا شيء للولي.
ولو أقر أنه قتل رجلاً خطأ، وادعى الولي أنه قتله عمداً لزمه الدية في ماله استحساناً.

والفرق أنه إذا أقر بالعمد وادعى الولي الخطأ ففي زعم القاتل أن القصاص واجب ولو صدقنا الولي فأوجبنا الدية لنقلنا القصاص إلى المال، بقول الولي وهذا لا يجوز، كما لو اتفقا على العمد ثم أراد الولي أخذ الدية لم يكن له ذلك.

وليس كذلك إذا أقر بالخطأ، لأن في زعم المدعي أن القصاص واجب فلو أوجبنا

(١) انظر جواهر المفود للمنهاجي (٢/٢٢١) ط. دار الكتب العلمية بيروت، تحقيق مسعد السعدي، والبحر الرائق (٨/٣٤٨)، وحاشية ابن عابدين (٦/٥٥٣).

الدبة لنقلنا القصاص إلى المال بقول القاتل، وهذا جائز كما لو ادعى القاتل في نسبه.
٧٧٤- إذا وجد القاتل في السفينة فالقسامة على سكان السفينة وركابها وكل من فيها، ولو وجد القاتل في المحلة فالقسامة على أهل الحطة دون السكان عند أبي حنيفة رحمه الله.

والفرق أن حقيقة اليد ثبتت على السفينة، بدليل أنها تغرم بالغصب، ويمكن نقلها وتحويلها، فقد ثبت لهم حقيقة اليد فيها فاختصوا بالتصرف في محل القتل، فاختصوا بتحمل القسامة.

وليس كذلك المحلة بدليل أنه لا يمكن نقلها أو تحويلها حتى قلنا لا يغرم العقار، بالغصب وصاحب اليد هو المتصرف في الدار بإسكانه فيها، فلم يختصوا بالتصرف في محل القتل، فلم يختصوا بتحمل القتل.

وفرقت آخر أن تدبير المحلة والتصرف فيها إنما يكون إلى أرباب الحطة والسكان كالتصرفين من جهتهم، فصاروا كالعيبد والمكاتبين، فإن القسامة لا يجب على العبيد والمكاتبين، كذلك هذا.

وليس كذلك السفينة، لأن التصرف فيها إنما يكون إلى السكان والملاحين دون الملاك، بدليل أنها تجري بأمرهم وهم المتصرفون فيها، فاختصوا بتحمل ما يجب فيها، ولأنه لا حكم المحل السفينة، بدليل أنا لو علقنا الحكم بالمحل لأبطالناه، لأن البحر لم يدخل تحت قهر أحد، وإذا لم يكن لمحلها حكم، صار الحكم للسفينة، والسكان هم المختصون بالتصرف في السفينة، فاختصوا بتحمل القسامة والدية.

وليس كذلك المحلة، لأن لمكان الدار حكم وهو دار الإسلام، بدليل أنه يدخل تحت القهر والغلبة، وحكمها معلق بأهل الحطة، والحكم إذا علق بجهة فما لم تنقطع تلك الجهة لا ينقل عنها إلى غيرها كالغصب.

٧٧٥- إذا قطع الرجل مفصلا من إصبع رجل، واقتص منه وبرئ، ثم قطع أحدهما باقي إصبع صاحبه فعليه القصاص.

ولو قطع يد رجل من المفصل فاقتص منه وبرئ، ثم إن أحدهما قطع ذراع صاحبه من تلك اليد فلا قصاص فيه وإن كانوا سواء.

والفرق أن المساواة معتبرة فيما دون النفس، ولم يوجد في الذراع، لأن المساواة إنما تعرف بوجوب تقدير من جهة الشرع، ولم يرد، فلم توجد المساواة، فلا يجب القصاص.

وفي الإصبع ورد الشرع بتقدير، لأنه يجب في المفصلين ثلثا الدية فلكل واحد بدل معلوم، فاستويا في أنفسهما لاستواء بدلتهما وصفتهم، فوجب القصاص بينهما.
٧٧٦- أرض مشتركة بين رجلين أوقف أحدهما دابته فيها بغير إذنه شريكه فأصاب إنساناً بيد أو رجل أو غير ذلك، فلا ضمان عليه^(١).

ولو حفر فيها بقرًا بغير إذن شريكه فوقع فيها إنسان فمات ضمن نصف ديته.
والفرق أن له أن يرتفق بالأرض المشتركة بهذا القدر من غير إذن شريكه، ألا ترى أن له أن يسكن نصف تلك البقعة وإن لم يقسم أيضًا فهو بالإيقاف غير حائز، وإذا لم يجز لا يغرم.

وليس كذلك البئر لأنه ليس لأحد الشريكين حفر البئر في الموضع المشترك، لأنه بالحفر يهدم الأرض، فصار هدم السفلى كهدم العلو، وهدم العلو جناية، كذلك السفلى فصار متعدياً فيه فغرم ما تلف به، كما لو لم يكن فيه ملك، وإذا كانت الجناية بالحفر والحفر نصفه في ملكه ونصفه في ملك غيره فغرم نصفه، ولم يغرم النصف الباقي.

٧٧٧- إذا رمحت دابة وهي تمشي في طريق المسلمين، وصاحبها راكب عليها فلا ضمان على الراكب ولا يجعل كأنه باشر الإتلاف بنفسه.

وقال في الزيادات^(٢): إذا ركب مشرك وساق دابته وسيرها في معسكر المسلمين فتفحمت الدابة وصاحبها راكبها فتفحمت برجلها أو بيدها فقتلت مسلماً لم يغسل وجعل كأن المشرك باشر القتل بنفسه.

والفرق أنه متسبب في إتلافه، وكونه شهيداً متعلق بوجوب سبب من جهته يقع التلف بتلك الجهة لا بمباشرة، ألا ترى أنه لو رمى هذا الكافر بنار فذهبت يميناً وشمالاً فأحرقت مسلماً لم يغسل، لكونه متسبباً.

وأما في الضمان فإنما يجب لكونه متلفاً، ولم يوجد إتلاف، والدليل عليه أنه لو أوقد ناراً في ملك نفسه فأحرقت ملك جاره لم يضمن، ولم يجعل مباشراً، كذلك هذا، والله الموفق للصواب.

(١) انظر فتاوى ابن الصلاح (٥٩٢/٢).

(٢) الزيادات لمحمد بن الحسن الشيباني مخطوط بدار الكتب المصرية.

اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى

لإمام أبي يوسف يعقوب بن إبراهيم الأنصاري

المتوفى ١٨٢ هـ

تحقيق

أحمد فريد المصري

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله الذي شرف العلماء بقوله: ﴿ هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ ﴾
وخص المستنبطين منهم بفصل خطابه: ﴿ فَسْتَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ ﴾ .
والصلاة والسلام على النبي الأمي الذي قال: «من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين» وعلى آله وصحبه نجوم الاهتداء وفقهاء الدين.

وبعد: فإن (اختلاف الأئمة في الفروع رحمة للأمة) وقد اختلف الصحابة -رضي الله عنهم- ومن بعدهم من الفقهاء فيها، ولولا ذلك لضاق الأمر وساد الحرج. وقد اخرج ابن عبد البر في جامع بيان العلم، والخطيب في (الفييه والمتفقه) كثيراً من الآثار الواردة في ذلك، حتى دون العلماء قديماً وحديثاً، اختلاف الأئمة في كتبهم، لئلا يقع الخواص في خرق الإجماع والعموم في الحرج. وإن أقدم من صنف في الاختلاف الإمام الأعظم أبو حنيفة، فإنه ألف كتاب «اختلاف الصحابة» ثم صنف تلميذه الكبير الإمام أبو يوسف القاضي كتاب «اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى» ثم صنف أبو عبدالله محمد بن شجاع الثلجي «اختلاف يعقوب وزفر» ثم صنف الطحاوي «اختلاف الفقهاء» عامة، وابن المنذر «الإشراف في الخلاف» كذلك، وابن جرير «اختلاف الفقهاء» أيضاً إلا أنه جرده عن الدلائل. وأما أبو يوسف فجمع ما اختلف فيه أستاذه خاصة ولم يلتفت إلى اختلاف غيرهما، كسفيان الثوري، وحسن بن صالح، وشريك بن عبد الله، وابن شبرمة وأمثالهم من مجتهد الكوفة، لأنه تفقه عليهما، وغرضه جمع ما استفاد منهما مما اختلفا فيه، ليبين قوله معهما متفقاً مع هذا ومختلفاً مع ذاك مرة وبالعكس مرة أخرى، وليكون ذخيرة وذكرى لمن بعده، وقد رواه عنه صاحبه الإمام الرباني محمد بن الحسن الشيباني، ثم اختصره في جملة ما اختصره من كتبه الحاكم أبو الفضل محمد بن محمد بن أحمد المروزي الشهيد وشرحه الإمام السرخسي في مبسوطه مع باقي كتبه. قال في المجلد (٣٠) من مبسوطه في صفحة (١٢٨): «اعلم أن أبا يوسف كان يختلف إلى ابن أبي ليلى في الابتداء فتعلم بين يديه تسع سنين، ثم تحول^(١) إلى مجلس أبي حنيفة ... قيل: كان سبب تحول أبي يوسف إلى مجلس أبي حنيفة أنه كان تبع ابن أبي ليلى وقد شهد ملاك رجل فلما نثر

(١) وهو كبير على الصحيح، ولازمه شاني عشرة سنة، كما صحت الرواية عنه بذلك من طرق وقضاء ابن أبي ليلى في الدولتين الأموية والعباسية كان طويل الأمد.

السكر أخذ أبو يوسف - رحمه الله - بعضاً فكره له ذلك ابن أبي ليلى وأغاظ له أقول وقال: أما علمت أن هذا لا يحل؟! فجاء أبو يوسف إلى أبي حنيفة رحمه الله فسأله عن ذلك فقال: لا بأس بذلك بلغنا أن رسول الله ﷺ كان مع أصحابه في ملك رجل من الأنصار فثر التمر فجعل رسول الله ﷺ يرفع ذلك ويقول لأصحابه: «انتهبوا» وبلغنا أن النبي ﷺ في حجة الوداع لما نحر مائة بدنة أمر بأن يؤخذ له من كل بدنة قطعة ثم قال: «من شاء أن يقطع فليقطع» فهذا ونحوه من الهبة مستحسن شرعاً، فلما تبين له تفاوت ما بينهما تحول إلى مجلس أبي حنيفة. وقيل: كان سبب ذلك أنه كان يناظر زفر رحمه الله وتبين له بالمناظرة معه تفاوت ما بين فقه أبي حنيفة وابن أبي ليلى رحمهما الله فتحول إلى مجلس أبي حنيفة، ثم أحب أن يجمع المسائل التي كان فيها الاختلاف بين أستاذه فجمع هذا التصنيف وأخذ ذلك محمد رحمه الله وروى عنه ذلك، إلا أنه زاد بعض ما كان سماع من غيره، فأصل التصنيف لأبي يوسف، والتأليف لمحمد رحمه الله عليهما، فعد ذلك من تصنيف محمد، ولهذا ذكره الحاكم رحمه الله في المختصر.

ويعلم من قول السرخسي هذا أن كتاب «اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى»^(١) من أجزاء «الأصل» ولولا ذلك لما اختصره الحاكم في كتابه، وأيضاً يدل عليه شرح السرخسي له وعده من تصانيف محمد، لكن النسخ التي رأيتها من «الأصل» أو رأيت فهارس كتبه من نسخ مكة المكرمة ومصر واستنبول ليس فيها شيء من هذا الكتاب إلا في جزء منه مما في دار الكتب المصرية على ما كتب لي فهرسه فضيلة الأستاذ رضوان محمد رضوان وأرسله إلي من القاهرة، فإن في كتاب الوديعه وكتاب العارية منه ما ذكر فيه من مسائل الوديعه والعارية بعنوان باب اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى في الوديعه وفي العارية، وطلبت منه نسخ البابين فأرسلهما إلي فوجدتهما مثل ما في هذا الكتاب، فلعل بعض نسخ «الأصل» حوته متفرقاً في كل الكتاب لا مجتمعاً في مقام واحد، وأظنه من صنع بعض رواة «الأصل» والله أعلم بحقيقة الحال.

فهذا الكتاب جليل القدر، عظيم الشأن، نادر الوجود. احتج فيه بأحاديث وآثار مرفوعة وموقوفة مسندة ومنقطعة من بلاغاته، فأجبت لجنة إحياء المعارف النعمانية أن

(١) قلت: «نقل السرخسي عنه مصرحاً باسمه في كتابه العظيم المبسوط في هذه المواضع: (٢/١٨٧)، (١٠٨/٥)، (١٢٨/٣٠)، وكذلك علاء الدين الكاساني في بدائع الصنائع (١/٢٢٠)، (٢٨/٢)، وابن عبد البر في التمهيد (٤/٢٧٩).

نشره فلم نجد له إلا نسخة واحدة في الهند، فارتأت اللحنة أن أسعى في تصحيحه، وشرح بعض غريب لغته، وإيضاح بعض مسائله، ونخريج أحاديثه، وتراجم رجاله، فقامت هذه المهمة على قدر استطاعتي مع قصر باعي وقلة بضاعتي، مستعيناً بالله تعالى، فصاحته بقدر وسعي، وخرجت أحاديثه وعزوتها إلى مخرجها ما وجدت إلى ذلك سبيلاً، ولا يكلف الله نفساً إلى وسعها، وترجمت رجال أحاديثه ناقلاً من الكتب المشهورة في فن الرجال كتهذيب التهذيب، والخلاصة، وتعجيل المنفعة، ولسان الميزان وغيرها، ولم أترجم للصحابة إلا نادراً لأنهم كلهم عدول مشاهير، ومن ترجمت له من الصحابة إنما ترجمت له في ضمن تراجم أبنائهم للمناسبة أو لعدم شهرتهم، وشرحت غريبه بمدد الكتب الشهيرة في اللغة كالمغرب في مصطلح الفقه، ومجمع بحار الأنوار لغريب الحديث وغيرهما.

أما ترجمة راوي الكتاب الإمام محمد بن الحسن الشيباني فمن شاء أن يطلع عليها فعليه ببلوغ الأماني لفضيلة الأستاذ الشيخ محمد زاهد الكوثري حفظه الله فإنه استوعب وأجاد جزاه الله عن الإسلام والمسلمين خير الجزاء .

وأما ترجمة الإمام الأعظم، وأبي يوسف القاضي مصنف الكتاب فمبسوطة في كتب المناقب، والطبقات، والرجال، والتاريخ، تركناها هنا للاختصار.

وأما ابن أبي ليلى فهو: محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى، الأنصاري، الكوفي، الفقيه، قاضي الكوفة، وأحد الأعلام. قال في تهذيب التهذيب: روى الزبير المكي، وعطاء بن أبي رباح، وعطية، وعمرو بن مرة، وسلمة ابن كهيل، والمنهال بن عمرو، وداود بن علي، والأجلح بن عبد الله، وإسماعيل بن أمية، وحبيضة بن الشمرذل. قلت: والشعبي، والحكم وغيرهم كما في تذكرة الحفاظ، روى عنه ابنه عمران، وقريبه عيسى بن المختار بن عبد الله بن عيسى، وزائدة، وابن جريج، وقيس بن الربيع، وشعبة، والثوري، وعيسى بن يونس، ومحمد بن الربيع، ووكيع، وعلي بن هاشم بن البريد، وعبيد الله بن موسى، وأبو نعيم. قلت: وأبو يوسف القاضي، وعبد الله بن داود الحريبي، وآخرون. قلت: روى له الأربعة في سننهم، وكان ثقة، صدوقاً. وتكلموا في حفظه فقالوا: شغل بالقضاء فساء حفظه. قال في تهذيب التهذيب: وقال أبو حاتم عن أحمد بن يونس: ذكره زائدة فقال: كان أفقه أهل الدنيا. وقال العجلي: كان فقيهاً، صاحب سنة، صدوقاً جازئ الحديث، وكان عالماً بالقرآن، وكان من أحسب الناس، وكان جميلاً نبيلاً، وأول من استقضاه على الكوفة يوسف بن عمر الثقفي. وقال ابن أبي خيثمة عن يحيى بن معين:

ليس بذلك. وقال أبو زرعة: ليس بأقوى ما يكون. وقال أبو حاتم: محله الصدق، كان سيئ الحفظ، شغل بالقضاء فساء حفظه، لا يتهم بشيء من الكذب إنما ينكر عليه كثرة الخطأ، يكتب حديثه ولا يحتج به... الخ.

قال الحافظ ابن حجر: قلت: له ذكر في الأحكام من صحيح البخاري، قال: أول من سأل على كتاب القاضي البينة ابن أبي ليلى وسوار. قال ابن حبان: كان فاحش الخطأ؛ رديء الحفظ، فكثر المناكير في روايته، تركه أحمد، ويحيى «أي ابن معين» وقال الدارقطني: كان رديء الحفظ، كثير الوهم. وقال ابن جرير الطبري: لا يحتج به. وقال يعقوب بن سفيان: ثقة عدل، في حديثه بعض المقال، لين الحديث عندهم.

وقال صالح بن أحمد عن ابن المديني: كان سيئ الحفظ، وأهي الحديث. وقال أبو أحمد الحاكم: عامة أحاديثه مقلوبة. وقال الساجي: كان سيئ الحفظ لا يعتمد الكذب فكان يمدح في قضائه فأما في الحديث فلم يكن حجة. قال: وكان الثوري يقول: فقهاؤنا ابن أبي ليلى، وابن شبرمة. وقال ابن خزيمة: ليس بالحافظ وإن كان فقيهاً عالماً. قلت: وذكره في تذكرة الحافظ فقال ج ١ ص ١٦٢ «قال أحمد بن يونس: كان ابن أبي ليلى أفاقه أهل الدنيا. وقال العجلي: كان فقيهاً صدوقاً، صاحب سنة، جازئ الحديث، قارئاً، عالماً بالقرآن، قرأ عليه حمزة. وقال أبو زرعة: ليس هو بأقوى ما يكون. وقال أحمد: مضطرب الحديث. قلت: حديثه في وزن الحسن ولا يرتقي إلى الصحة لأنه ليس بالمتقن عندهم ومناقبه كثيرة. مات في شهر رمضان سنة ثمان وأربعين ومائة. وقال أبو حفص الأبار عنه: قال: دخلت على عطاء فجعل يسألني وكأن أصحابه أنكروا ذلك فقال: وما تنكرون؟ هو أعلم مني»

وأبوه عبد الرحمن من كبار التابعين، الثقات الأعلام، ولد لست بقين من خلافة عمر رضي الله عنه. وجده أبو ليلى الأنصاري، يقال اسمه يسار، وقيل بلال، وقيل بليل، وقيل داود، وقيل أوس، وقيل لا يحفظ اسمه. له صحبة، شهد أحدًا وما بعدها. كان من أصحاب علي رضي الله عنه، شهد معه مشاهدته وانتقل إلى الكوفة وقتل بصفين معه، رضي الله عنه.

أبو الوفاء الأفعاني

رئيس لجنة إحياء المعارف النعمانية

٢١ رمضان سنة ١٣٥٧هـ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قال^(١) محمد بن الحسن عن أبي يوسف قال: إذا أسلم الرجل إلى الخياط ثوباً فخاطه قباء فقال رب الثوب: أمرتك بقميص، وقال الخياط: أمرتني بقباء، فإن أبا حنيفة عليه السلام كان يقول: القول قول رب الثوب ويضمن الخياط قيمة الثوب. وبه نأخذ^(٢). وكان ابن أبي ليلى يقول: القول قول الخياط في ذلك. ولو أن الثوب ضاع من عند الخياط ولم يختلف رب الثوب والخياط في عمله، فإن أبا حنيفة عليه السلام قال: لا ضمان عليه ولا على القصار والصباغ وما أشبه ذلك من العمال إلا فيما جنت أيديهم^(٣). وبلغنا عن علي بن أبي

(١) هذه مسائل الإجارة من باب ضمان الأجير المشترك. ولم يذكر في الأصل لفظ الباب، ولم يذكر الحاكم هذه المسائل في مختصره في هذا الكتاب وذكرها السرخسي في مواضع من كتابه.

(٢) قلت: وهو قول محمد أيضاً. قال الإمام السرخسي ج ١٥ ص ٩٦ من مبسوطه «ولو أسلم ثوباً إلى خياط وأمره أن يخيطه قميصاً بدرهم فخاطه قباء فلصاحب الثوب أن يضمنه قيمة ثوبه وإن شاء أخذ القباء وأعطاه أجر مثله لا يجاوز به ما سمي له» لأنه في أصل الخياطة موافق وفي الهيئة والصفة مخالف الخ ثم ذكر ناقلاً عن المختصر «فإن قال رب الثوب: أمرتك بقميص، وقال الخياط: أمرتني بقباء، فالقول قول رب الثوب مع يمينه عندنا». وقال ابن أبي ليلى رحمه الله: القول قول الخياط لإنكاره الخلاف والضمان. والشافعي يقول إنهما يتحالفان لأهما اختلاف في المعقود عليه. ولو اختلفا في البذل تحالفاً إذا كان قبل إقامة العمل فكذلك في المعقود عليه. ولكن هذا لا معنى له هنا لأن رب الثوب يدعي عليه ضمان قيمة الثوب والخياط ينكر ذلك ويدعي الأجر ديناً في ذمة رب الثوب، فلا يكون هذا في معنى ما ورد في الأثر بالتحالف فيه مع أن المقصود بالتحالف الفسخ وبعد إقامة العمل لا وجه للفسخ «وإن أقاما البيئة فالبيئة بيئة الخياط» لأنه هو المدعي الإذن في خياطة القباء، والوفاء بالمعقود عليه، وتقرر الأجر في ذمة صاحب الثوب «وإن اختلفا في الأجر فالقول قول رب الثوب» لأنه منكر للزيادة «فالبيئة بيئة الخياط» لأنها تثبت الزيادة الخ.

(٣) قال السرخسي في مبسوطه ج ١٥ ص ١٠٣ في باب متى يجب للعامل الأجر قال: «وإذا هلك الثوب عند القصار بعد الفراغ من العمل فلا أجر له ولا ضمان عليه في قول أبي حنيفة. وهو قول زفر والحسن بن زياد -رحمهم الله-. وقال أبو يوسف ومحمد -رحمهما الله-: هو ضامن إلا إذا تلف بأمر لا يمكن الاحتراز عنه» كالحرق الغالب. وكذلك الخلاف في كل أجير كالأجير المشترك في حفظ الثياب وغيره. والمشارك من يستوجب الأجر بالعمل ويعمل لغير واحد، ولهذا يسمى مشتركاً، ولا خلاف أن أجير الواحد لا يكون ضامناً لما تلف في يده من غير صعه، وهو الذي يستوجب البذل بمقابلة منافعه الخ، ثم بين المسألة بالتفصيل مع الدلائل، فمن شاء زيادة الاطلاع فليرجع إليه.

طالب ﷺ أنه قال: لا ضمان عليهم^(١). وكان ابن أبي ليلى يقول: هم ضامنون لما هلك عندهم وإن لم تحن أيديهم فيه. قال أبو يوسف: هم ضامنون إلا أن يجيء شيء غالب.

(١) قلت: أخرجه طلحة بن محمد في مسنده من طريق أبي يوسف عن أبي حنيفة عن بشر الكوفي عن محمد بن علي عن أبيه عن علي بن أبي طالب ﷺ أن النبي ﷺ قال: « لا ضمان على قصار ولا صباغ ولا وشاء » وأخرجه محمد في الآثار عنه عن بشر أو بشير عن أبي جعفر « أن علي بن أبي طالب كان لا يضمن القصار ولا الصباغ ولا الحائك ». وأخرجه الكلاعي من طريق محمد بن خالد الوهبي عن الإمام عن يونس بن محمد عن أبي جعفر محمد بن علي عن أمير المؤمنين علي بن أبي طالب « أنه كان لا يضمن القصار ولا الصباغ »

باب الغصب*

قال أبو يوسف: وإذا اغتصب الرجل الجارية فباعها واعتقها المشتري فإن أبا حنيفة عليه السلام كان يقول: البيع والعقق فيها باطل لا يجوز، لأنه باع ما لا يملك وأعتق ما لا يملك. وهذا تأخذ ^(١). وكان ابن أبي ليلى يقول: عتقه جائز وعلى الغاصب القيمة. قال: وإذا اشترى الرجل الجارية فوطئها ثم اطلع المشتري على عيب كان بها دلّسه البائع له، فإن أبا حنيفة عليه السلام كان يقول: ليس له أن يردها بعد الوطء. وكذلك بلغنا عن علي بن أبي طالب عليه السلام ^(٢) قال أبو يوسف: ولكنه يقول يرجع عليه بفضل ما بين الصحة

(١) قلت: وهو قول محمد أيضًا كما هو مصرح في المبسوط، وبدأ الحاكم هذا الكتاب في مختصره بهذه المسألة.

(٢) أخرجه الإمام محمد في الآثار** والحسن بن زياد في مسنده عن الإمام عن الهيثم عن ابن سيرين عن علي بن أبي طالب عليه السلام في الرجل يشتري الجارية فيطؤها ثم يجد بها عيبًا قال: «لا يستطيع ردها ولكنه يرجع بنقصان العيب» قال محمد: وبه تأخذ وكذلك إذا لم يطأها وحدث بها عيب عنده ثم وجد بها عيبًا دلّسه البائع فإنه لا يستطيع ردها ولكنه يرجع بنقصان العيب، إلا أن يشاء البائع أن يأخذها بالعيب الذي حدث عند المشتري. ولا يأخذ للعيب أرضًا ولا للوطء عقراً، فإن شاء ذلك أخذها وأعطاه الثمن كله. وهذا قول أبي حنيفة عليه السلام. وأخرجه ابن خسر البليخي من طريق ابن المظفر، والحسن بن زياد عن الإمام عن الهيثم عن الشعبي عن علي عليه السلام. وأخرجه البيهقي*** عن يحيى بن سعيد عن جعفر بن محمد «أي الصادق» عن أبيه عن علي بن حسين عن علي عليه السلام ولفظه في رجل اشترى جارية فوطئها فوجد بها عيبًا قال: لزمته ويرد البائع ما بين الصحة والداء، وإن لم يكن وطئها ردها. قال: وكذلك رواه سفيان الثوري وحفص بن غياث عن جعفر بن محمد، وهو مرسل. علي بن حسين لم يدرك جده عليًا. وقد روى عن مسلم بن خالد عن جعفر عن أبيه عن جده عن حسين بن علي عن علي - رضي الله عنهم - وليس بمحفوظ. قلت: لا بأس به بعد أن رواه الإمام بسند متصل كما ذكرته، والمرسل أيضًا حجة عندنا وعند الأكثر خصوصًا مراسيل مثل الإمام زين العابدين عليه السلام وكفاك به حجة! ومسلم بن خالد الزنجي من رجال أبي داود وابن ماجه، ذكره ابن حبان في الثقات، ووثقه ابن معين وقال الساجي: صدوق، وهو من الفقهاء الأعلام.

* انظر رسائل الأسلاف إلى مسائل الخلاف لسبط ابن الجوزي (ص ٣٩٣، ٣٦٨).

** رواه الشيباني في الحجة (٥١٩/٢)، وفي المبسوط له (١٩٨/٥).

*** السنن الكبرى (٣٢٢/٥).

والعيب من الثمن^(١). وبه نأخذ^(٢). وكان ابن ليلي يقول: يردها ويرد معها مهر مثلها^(٣). والمهر في قوله يأخذ العشر من قيمتها ونصف العشر فيجعل المهر نصف ذلك. ولو أن المشتري لم يطاء الجارية ولكنه حدث بها عيب عنده لم يكن له أن يردها في قول أبي حنيفة، ولكنه يرجع بفضل ما بين العيب والصحة. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: يردها ويرد ما نقصها العيب الذي حدث عنده.

قال: وإذا اشترى الجارية فوطئها فاستحقها رجل فقضى له بها القاضي، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: على الواطئ مهر مثلها على مثل ما يتزوج به الرجل مثلها يحكم به ذوا عدل ويرجع بالثمن على الذي باعه ولا يرجع بالمهر. وبه نأخذ^(٤). وكان ابن أبي ليلى يقول: على الواطئ المهر، على ما ذكرت لك من قوله، ويرجع على البائع بالثمن والمهر لأنه قد غره منها. قال محمد: وكيف يرجع عليه في قول ابن أبي ليلى بما أحدث وهو الذي وطئ؟ أرايت لو باعه ثوباً فخرقه أو أهلكه فاستحقه رجل وضمنه بالقيمة أليس إنما يرجع على البائع بالثمن وإن كانت القيمة أكثر منه؟

قال: وإذا اشترى الرجلان جارية فوجداها عيباً فرضي أحدهما بالعيب ولم يرض الآخر، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: ليس لواحد منهما أن يرد حتى يجتمعا على الرد جميعاً. وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: لأحدهما أن يرد حصته وإن رضي الآخر بالعيب. وبه نأخذ^(٥).

(١) قال في المبسوط ج ١٣ ص ٩٧: قلنا يرجع بحصة العيب من الثمن، لأن الجزء الفائت صار مستحقاً بالعقد للمشتري وقد تعذر تسليمه إليه فيرد حصة من الثمن، لأنه صار مقصوداً بالمتع فيكون له حصة من الثمن، فطريق معرفة ذلك أن يقومها وبها العيب ويقومها ولا عيب بها، فإن كان تفاوت ما بين القيمتين العشر رجع بعشر الثمن، وإن كان نصف العشر رجع بنصف عشر الثمن إلا أن يقول البائع: ردها علي فأنا أرضى بذلك فحينئذ يردها، لأن المانع من الرد حقه، وقد زال حين رضي به.

(٢) وهو قول محمد أيضاً أفاده السرخسي في ص ٩٥ ج ١٣

(٣) وفي المبسوط ج ١٣ ص ٩٥ في باب العيوب في البيوع وقال ابن أبي ليلى: يردها بكراً كانت أو ثيباً، ويرد معها عقرها عشر قيمتها إن كانت بكراً أو نصف عشر قيمتها إن كانت ثيباً. قلت: ورؤي ذلك عن عمر وزيد بن ثابت -رضي الله عنهما- أفاده السرخسي بعد ذلك.

(٤) وهو قول محمد كما يفهم من المبسوط.

(٥) قلت: وهو قول محمد أيضاً كما أفاده السرخسي في باب خيار العيب ص ٥٠ ج ١٣.

قال: وإذا اشترى الرجل أرضاً فيها نخل وفيه ثمر ولم يشترط شيئاً، فإن أبا حنيفة عليه السلام كان يقول ^(١): الثمر للبائع إلا أن يشترط ذلك المشتري. وكذلك بلغنا عن رسول الله ﷺ أنه كان يقول: «من اشترى نخلاً له ثمر مؤبرة فثمره للبائع إلا أن يشترط ذلك المشتري، ومن اشترى عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترط ذلك المشتري» ^(٢) وبه نأخذ ^(٣). وكان ابن أبي ليلى يقول: الثمرة للمشتري وإن لم يشترط، لأن ثمرة النخل من النخل.

(١) زاد السرخسي النخل للمشتري والثمرة للبائع إلخ.

(٢) أخرجه الإمام محمد في كتاب الآثار عن الإمام عن أبي الزبير عن جابر رفعه: «من باع نخلاً مؤبراً أو عبداً له مال فثمرته والمال للبائع إلا أن يشترط المشتري». وأخرجه الحارثي وابن خسرو وطلحة بن محمد وابن المظفر والأشعري والكلابي أيضاً. وأخرجه الحسن بن زياد أيضاً في مسنده عنه. وأخرجه الحارثي والأشعري والقاضي أبو بكر عنه عن أبي الزبير عن جابر بلفظ: «من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترط المبتاع، ومن باع نخلاً مؤبراً فثمرته للبائع إلا أن يشترط المبتاع». وأخرجه أبو يوسف في آثاره بلفظ: «من باع نخلاً مؤبراً أو عبداً فثمر النخل ومال العبد للبائع إلا أن يشترط المبتاع». وأخرجه الشيخان عن ابن عمر بلفظ: «من باع نخلاً مؤبراً فالثمرة للبائع إلا أن يشترط المبتاع».*

(٣) قال السرخسي: وبه أخذ محمد -رحمه الله-، ثم قال: وقال أبو يوسف: إن اشترى الأرض بحقوقها أو مرافقها دخل الثمار في العقد وإلا لم تدخل. فأما على قول محمد وهو قول أبي حنيفة، لا تدخل الثمار إلا بالتنصيص عليها، سواء ذكر الحقوق أو لم يذكر، بمنزلة المتاع في الأرض. وحكي أن أبا يوسف رحمه الله كان أملى هذه المسألة على أصحابه وكان محمد حاضراً في المجلس فلما ذكر هذا القول قال محمد رحمه الله في نفسه: ليس الأمر كما يقول، فبادأه المستملعي هنا من يخالفك رحمك الله! فقال: من هو؟ فقال: محمد بن الحسن. فقال أبو يوسف: ما نضع بقول رجل قعد عن العلم! أي ترك الاختلاف إلينا، فسكت محمد ولم يجبه احتراماً له. قلت: ولم يذكر هذا التفصيل هنا في المتن فلعله اختاره بعد تصنيف هذا الكتاب، والله أعلم.

* رواه البخاري (٧٦٧/٢، ٧٦٨، ٨٣٨، ٩٦٨)، ومسلم (١١٧٢/٣) وابن أبي شيبة في المصنف (٢/٥٠٠)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٢٦/٤)، ومختصر اختلاف العلماء (٩٥/٣).

باب الاختلاف في العيب

قال أبو يوسف: وإذا اشترى الرجل من الرجل الجارية أو الدابة أو الثوب أو غير ذلك فوجد المشتري به عيباً وقال: بعطني وهذا العيب به فأنكر ذلك البائع، فعلى المشتري البيعة. فإن لم تكن له بيعة فعلى البائع اليمين بالله لقد باعه وما هذا العيب به، فإن قال البائع: أنا أرد اليمين عليه، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: لا أرد اليمين عليه ولا يحولها^(١) عن الموضع الذي وضعها رسول الله ﷺ. وبه نأخذ^(٢). وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول مثل قول أبي حنيفة رحمته الله، إلا أنه إذا اتهم المدعي رد اليمين عليه فيقال: احلف وردها، فإن أبي أن يحلف لم يقبل منه وقضى عليه.

قال: وإذا باع الرجل بيعاً فبرئ من كل عيب، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: البراءة من كل ذلك جائزة ولا يستطيع المشتري أن يرده بعيب كائناً ما كان. ألا ترى أنه لو أبرأه من الشجاج برئ من كل شحة، ولو أبرأه من القروح برئ من كل قرحة؟ وهذا نأخذ^(٣). وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: لا يبرأ من ذلك حتى يسمي العيوب كلها بأسمائها، ولم يذكر أن يضع يده عليها^(٤).

قال: وإذا اشترى الرجل دابة أو خادماً أو داراً أو ثوباً أو غير ذلك فادعى فيه رجل دعوى، لم يكن للمدعي على دعواه بيعة فأراد أن يستحلف المشتري الذي في يديه ذلك المتاع على دعواه، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: اليمين عليه ألبة: بالله ما لهذا فيه حق. وهذا نأخذ^(٥) وكان ابن أبي ليلى يقول: عليه أن يحلف بالله ما يعلم أن لهذا فيه حقاً.

قال: وإذا اشترى المشتري بيعاً^(٦) على أن البائع بالخيار شهراً أو على أن المشتري بالخيار شهراً، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: البيع فاسد ولا يكون الخيار فوق ثلاثة أيام. بلغنا عن رسول الله ﷺ أنه كان يقول: «من اشترى شاة محفلة فهو بخير النظرين ثلاثة أيام

(١) قوله «ولا يحولها» إلخ أي لا يعتبر تقسيم النبي ﷺ حيث جعل البيعة على المدعي واليمين على المدعى عليه.

(٢) وهو قول محمد بن الحسن أيضاً.

(٣) وهو قول أبي حنيفة. والمسألة في ص ٩٥ ج ١٣ من مبسوط السرخسي.

(٤) وروى أصحاب المناقب في مناظرة جرت بينه وبين الإمام بين يدي منصور الخليفة أنه كان مذهبه: أنه لا يبرأ حتى يضع يده على المعيب ونفاه الإمام أبو يوسف بقوله: ولم يذكر إلخ.

(٥) وهو قول محمد أيضاً كما في المبسوط.

(٦) كذا في الأصل ولعله تصحيف (شيئاً).

إن شاء ردها وردَّ معها صاعاً من تمر أو صاعاً من شعير^(١) «يجعل الخيار كله على قول رسول الله ﷺ^(٢)». وكان ابن أبي ليلى يقول: الخيار جائز شهراً كان أو سنة. وبه نأخذ^(٣).

قال: وإذا اشترى الرجل بيعاً^(٤) على أن البائع بالخيار يوماً وقبضه المشتري فهلك عنده، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: المشتري ضامن بالقيمة لأنه أخذه على بيع. وبه نأخذ^(٥). وكان ابن أبي ليلى يقول: هو أمين في ذلك لا شيء عليه فيه. ولو أن الخيار كان للمشتري فهلك عنده فهو عليه بثمن الذي اشتراه به في قولهما.

قال: وإذا اشترى الرجل الجارية فباع نصفها ولم يبع النصف الآخر ثم وجد بها عيباً قد كان البائع دلسه له، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: لا يستطيع أن يرد ما بقي منها ولا يرجع بما نقصها العيب، ويقول^(٦): رد الجارية كلها كما أخذتها وإلا فلا حق لك. وبه نأخذ^(٧). وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: يرد ما في يده منها على البائع بقدر ثمنها^(٨). وكذلك

(١) أخرجه الحافظ ابن المظفر وابن خسرو من طريقه عن زفر عن الإمام عن الهيثم عن محمد بن سيرين عن أبي هريرة رحمه الله ولفظه «من اشترى شاة مصراة فهو بالخيار ثلاثة أيام فإن ردها ردَّ معها صاعاً من تمر لا سراء» وأخرجه مسلم هكذا إلا أنه قال: «من ابتاع» وأخرجه الطحاوي من طريق هشام وحبيب عن ابن سيرين. وأخرجه من طريق سهيل بن أبي صالح عن أبيه عن أبي هريرة مثله بلفظ «من ابتاع شاة مصراة فهو فيها بالخيار ثلاثة أيام فإن شاء أمسكها وإن شاء ردها ورد معها صاعاً من تمر» وروي هذا الحديث من طرق آخر ولم يذكر فيها لخيار المشتري وقتاً. أخرجه مسلم البخاري والطحاوي وغيرهم.*

(٢) قال السرخسي في المبسوط ص ٣٨ ج ١٣ بعدما ذكر الحديث: ففيه دليل جواز اشتراط الخيار في البيع. والمراد خيار الشرط، ولهذا قدره بثلاثة أيام. وذكر التحفيل لبيان السبب الداعي إلى شرط الخيار. والمحفلة: التي اجتمع اللب في ضرعها. والمحلل: هو المجمع اهـ أي قال بالخيار حسب ما قدره ﷺ بقوله «ثلاثة أيام».

(٣) وهو قول محمد أيضاً كما في المبسوط ص ٤١ ج ١٣.

(٤) كذا في الأصل ولعله تصحيف شيئاً.

(٥) وهو قول محمد أيضاً. أفاده السرخسي في مبسوطه ص ٤٦ ج ١٣.

(٦) كذا في الأصل يعني يقول له.

(٧) وبه أخذ محمد أيضاً.

(٨) وفي المبسوط ج ١٣ ص ١٠١ وقال ابن أبي ليلى: له ذلك «أي رد ما بقي منها» إلا أن يشاء البائع أن يرد عليه نقصان العيب إلخ.

* رواه البخاري (٧٥٥/٢)، وأبو عوانة في مسنده (٢٧٩/٣)، وعبد الرزاق في المصنف (١٩٨/٨)، بلفظ (محفلة). ورواه مسلم (١١٥٨/٣) وابن أبي شبة (٤٦٠/٤)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (١٨، ١٧/٤)، بلفظ (مصراة). ورواه الطحاوي (١٩/١٤)، والبيهقي (٣٢٠/٥) بلفظ (ابتاع).

قولهما^(١) في الثياب وفي كل بيع^(٢).
قال: وإذا اشترى الرجل عبداً واشترط فيه شرطاً أن يبيعه من فلان أو يهبه لفلان أو على أن يعتقه، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: البيع في هذا فاسد. وبه نأخذ^(٣). وقد بلغنا عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه نحو من ذلك^(٤) وكان ابن أبي ليلى يقول: البيع جائز والشرط باطل.

قال: وإذا كان لرجل على رجل مال من [شئ]^(٥) بيع فحل المال فأخره عنه إلى أجل آخر، فإن أبا حنيفة رضي الله عنه كان يقول: تأخير جائر وهو إلى الأجل الآخر الذي أخره عنه^(٦) وبه نأخذ^(٧). وكان ابن أبي ليلى يقول: له أن يرجع في ذلك إلا أن يكون ذلك على وجه الصلح منهما.

قال: ولو أن رجلاً كان له على رجل مال فتغيب عنه المطلوب حتى حط^(٨) عنه بعد ذلك المال على أن يعطيه بعضه ثم ظهر له بعد. فإن أبا حنيفة رضي الله عنه كان يقول: ما حط عنه من ذلك المال فهو جائز. وكان ابن أبي ليلى يقول: له أن يرجع فيما حط عنه لأنه تغيب عنه^(٩)

(١) أي قول أبي حنيفة وابن أبي ليلى.

(٢) وفي بيع بعض الطعام روايتان عن أبي يوسف ومحمد في رواية يرد ما بقي، لأنه لا يضره التبعض ولكنه لا يرجع بنقصان العيب فيما إذا باع اعتباراً للبعض بالكل، وفي رواية لا يرجع بشيء كما هو قول أبي حنيفة. وأما إذا أكل بعضه ففي رواية عنهما يرجع بنقصان العيب في الكل. لأن الطعام في حكم شيء واحد يرد بعضه بالعيب. وأكل الكل عندهما لا يمنعه من الرجوع بنقصان العيب فأكل البعض أولى، وفي الرواية الأخرى يرد ما بقي ويرجع بنقصان العيب فيما أكله - من المبسوط (ص ١٠٢ ج ١٣).

(٣) وبه أخذ الإمام محمد بن الحسن أيضاً - أفاده السرخسي في مبسوطه (ج ١٣ ص ١٣).

(٤) أخرج الإمام محمد في الآثار عن الإمام عن أبي العتوف عن الزهري أن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه اشترى جارية من زوجته زينب الثقفية واشترطت عليه أنه إن استغنى عنها فهي أحق بها بثمانها، فلقي عمر بن الخطاب رضي الله عنه فذكر له فقال: ما يعجبني أن تقرها ولأحد فيها شرط. فرجع عبد الله فردها. قال محمد: وبه نأخذ. كل شرط كان في بيع ليس فيه منفعة للبائع أو المشتري أو للجارية فهو فاسد. وأخرجه الحسن بن زياد أيضاً في مسنده وابن خسر من طريقه. وأخرجه البيهقي في سننه ج ٥ ص ٣٣٦ من طريق مالك عن ابن شهاب (الزهري) عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة أن عبد الله - الحديث.

(٥) زيادة من مبسوط الإمام السرخسي.

(٦) زاد في المبسوط: وليس له أن يرجع عنه.

(٧) وهو قول محمد رضي الله عنه - أفاده السرخسي.

(٨) وفي المبسوط: حتى حط الطالب بعضه ثم ظهر لم يكن له أن يرجع فيما حط عنه.

(٩) ونسحة المبسوط: لأنه كان مضطراً في هذا الحط.

ولو أن الطالب قال: إن ظهر لي ثله مما عليه كذا وكذا، لم يكن قوله هذا يوجب عليه شيئاً في قولهم جميعاً.

قال: وإذا باع الرجل الرجل بيعاً إلى العطاء^(٢)، فإن أبا حنيفة رحمته كان يقول في ذلك: البيع فاسد. وكان ابن أبي ليلى يقول: البيع جائز والمال حال. وكذلك قولهما في كل مبيع إلى أجل لا يعرف، فإن استهلكه المشتري فعلبه القيمة في قول أبي حنيفة رحمته، وإن حدث به عيب رده ورد ما نقصه العيب، وإن كان قائماً بعينه فقال المشتري: لا أريد الأجل وأنا أنقد لك المال، جاز ذلك له في هذا كله في قول أبي حنيفة. وبه نأخذ^(٣).

باب بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها*

قال أبو يوسف: وإذا اشترى الرجل ثمرًا قبل أن يبلغ من أصناف الغلة كلها^(٤)، فإن أبا حنيفة رحمته قال: إذا لم يشترط ترك ذلك الثمر إلى أن يبلغ فإن البيع جائز، ألا ترى أنه لو اشترى قصيلاً^(٥) يقضله على دوابه قبل أن يبلغ كان ذلك جائزاً؟

قال: ولو اشترى شيئاً من الطلع^(٦) حين يخرج فقطعه كان جائزاً.

وإذا اشتراه ولم يشترط تركه فعلبه أن يقطعه، فإذا استأذن صاحبه في تركه فأذن له في ذلك فلا بأس بذلك، وبه نأخذ^(٧). وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: لا خير في بيع شيء من ذلك حتى يبلغ، ولا بأس^(٨) إذا اشترى شيئاً من ذلك قد بلغ أن يشترط على

(١) لم يذكر السرخسي خلافاً في هذه المسألة.

(٢) وفي المبسوط ص ٢٧ ج ١٣: وإن اشترى الرجل شيئاً إلى الحصاد أو إلى الدياس أو إلى العطاء أو إلى جذاذ النخل أو رجوع الحاج، فهذا كله باطل. بلغنا نحو ذلك عن ابن عباس رضي الله عنهما.

(٣) وهو قول محمد رحمته.

(٤) وفي المبسوط من أصناف الثمار كلها.

(٥) قال في المغرب: القصل: قطع الشيء، ومنه: القصيل وهو الشعير يجز أحضر لعلف الدواب. والفقهاء يسمون الزرع قبل إدراكه قصيلاً وهو مجاز.

(٦) الطلع: ما يطلع من النخلة وهو الكم قبل أن ينشق. وأطلع النخل: خرج طلع. والكم بالكسر والضم: غلاف الثمرة - مغرب.

(٧) وبه أخذ محمد بن الحسن - أفاده السرخسي.

(٨) وعبر في المبسوط عن هذه المسألة باللفظ الآتي: فإن كانت الثمار قد بلغت يعني انتهى عظمها فاشترائها بشرط الترك إلى أجل معلوم، فالعقد فاسد عندنا. وقال ابن أبي ليلى: العقد صحيح.

البائع تركه إلى أجل. وكان أبو حنيفة رحمته الله يقول: لا خير في هذا الشرط. قال: وإذا اشترى الرجل أرضاً فيها نخل فيها حمل فلم يذكر النخل ولا الحمل، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: النخل للمشتري تبعاً للأرض، والثمرة للبائع إلا أن يشترط المشتري. بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: «من اشترى نخلاً مؤبراً فثمرته للبائع إلا أن يستثنيه المشتري»^(١). وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: الثمرة للمشتري^(٢). قال: وإذا اشترى الرجل مائة ذراع مكسرة^(٣) من دار غير مقسومة أو عشرة أجربة^(٤) من أرض غير مقسومة، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول في ذلك كله: البيع باطل، ولا يجوز لأنه لا يعلم ما اشترى كم هو من الدار، وكم هو من الأرض، وأين موضعه من الدار والأرض. وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: هو جائز في البيع. وبه نأخذ^(٥). وإن كانت الدار لا تكون مائة ذراع، فالمشتري بالخيار إن شاء ردها، وإن شاء رجع بما نقصت الدار على البائع^(٦) في قول ابن أبي ليلى.

(١) وقد مر الحديث قبل ذلك ومر تخريجه.

(٢) هذه المسألة مكررة، وقد مرت في أول الكتاب ليس بينهما فرق إلا في بعض الألفاظ.

(٣) قال الإمام السرخسي: المكسرة: المعروفة من الذراع بين الناس، سبت مكسرة لأنها كسرت من ذراع الملك قبضة.

(٤) الأجرة جمع الجريب وهو ستون ذراعاً في ستين. قال قدامة في كتاب الخراج الأشد إذا ضرب في مثله فهو الجريب. والأشد طول ستين ذراعاً والذراع ست قبضات، والقبضة أربع أصابع، قال: وعشر هذا الجريب يسمى قفيزاً، وعشر هذا القفيز عشيراً فالقفيز عشرة أعشراء، وهي خمسة وعشرون رطلاً - مغرب.

(٥) وبه أخذ الإمام الرباني محمد بن الحسن الشيباني. أناده في الميسوط.

(٦) قال الإمام السرخسي في ميسوطه (ج ٣٠ ص ١٣٦) ثم إذا جاز العقد عندهم فإن كانت مائة ذراع فهي للمشتري، وإن كانت مائتي ذراع فالمشتري يكون شريكاً بقدر مائة ذراع، وإن كانت دون مائة ذراع فالمشتري أن يردها إن شاء لتغيير شرط العقد عليه وإن شاء أخذها بحصتها من الثمن لأنه سمي جملة الثمن بمقابلة مائة ذراع، فإذا لم يسلم له إلا خمسون ذراعاً لم يكن عليه إلا نصف الثمن. وهذا بخلاف ما لو اشترى الأرض على أنها مائة ذراع فوجدها خمسين ذراعاً واختار أخذها لزمه جميع الثمن. لأن هناك الثمن بمقابلة العين، وذكر الذراع على وجه بيان الصفة، وهنا الثمن بمقابلة ما سمي من الذراع هنا لبيان مقدار العقود عليه، فإذا لم يسلم له إلا نصف المسمى لا يلزمه إلا نصف الثمن، كما لو اشترى عشرة أفقرة حطة فوجدها خمسة أفقرة.

قال: وإن كانت الأجام ^(١) خطورة وقد حظر ^(٢) فيها سمك فاشترى رجل فإن أبا حنيفة عليه السلام كان يقول: لا يجوز ذلك. بلغنا عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه قال: لا تشتروا السمك في الماء فإنه غرر. وكذلك بلغنا عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وإبراهيم النخعي رضي الله عنه. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول في هذا: شراؤه جائز لا بأس به. وكذلك بلغنا عن عمر بن عبد العزيز ^(٣).

قال: وإذا حبس الرجل في الدين وفلسه القاضي فباع في السجن واشترى واعتن أو تصدق بصدقة أو وهب هبة، فإن أبا حنيفة عليه السلام كان يقول: هذا كله جائز، ولا يباع شيء من ماله في الدين، وليس بعد التفليس شيء ألا ترى أن الرجل قد يفلس اليوم ويصيب غداً مالاً؟ وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: لا يجوز بيعه ولا شراؤه ولا عتقه ولا هبته ولا صدقته بعد التفليس، فيبيع ماله ويقضيه الغرماء، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى مثل قول ابن أبي ليلى ما خلا العتاقة في الحجر، وليس من قبيل التفليس ولا تجير شيئاً سوى العتاقة من ذلك أبداً حتى يقضي دينه ^(٤).

قال: وإذا أعطى الرجل الرجل متاعاً يبيعه ولم يسم بالنقد ولا بالنسيئة فباعه

(١) الأجمة: الشجر الملتف، والجمع أجم وآجام. وقولهم: بيع السمك الأجمة يريدون البطيخة التي هي مبت القصب أو اليراع - مغرب. والبطيخة: مسيل واسع فيه رمل ودقاق الحصى، واليراع: واحدة يراعة القصب، والقصبه التي ينفخ فيها الراعي.

(٢) الحظر: المنع، ومنه حظيرة الإبل - مغرب.

(٣) أما حديث ابن مسعود فأخرجه البيهقي من طريق أحمد بن حنبل عن محمد بن سمار عن يزيد بن أبي زياد عن المسيب بن رافع عن عبد الله بن مسعود مرفوعاً: «لا تشتروا السمك في الماء فإنه غرر» قال: فيه إرسال، والصحيح ما رواه هشيم عن يزيد موقوفاً على عبد الله. ورواه أيضاً سفبان الثوري عن يزيد موقوفاً على عبد الله: أنه كره بيع السمك في الماء. وأخرجه أبو يوسف في الخراج عن يزيد عن المسيب عن عبد الله موقوفاً: «لا تبيعوا السمك في الماء فإنه غرر».

وأما حديث عمر رضي الله عنه فأخرجه هو أيضاً في خراجه عن العلاء بن المسيب بن رافع عن الحارث العكلي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: «لا تبيعوا السمك في الماء فإنه غرر». وأما حديث إبراهيم فأخرجه محمد في آثاره عن الإمام عن حماد عنه أنه كان يكره بيع صيد الأجام وقصبتها.

(٤) أخرجه أبو يوسف في خراجه ومحمد في آثاره عن الإمام عن حماد قال: طلبت إلى عبد الحميد بن عبد الرحمن فكتب إلى عمر بن عبد العزيز يسأله عن بيع صيد الأجام، فكتب إليه عمر أن لا بأس به وسماه الحبس وأخرجه أبو يوسف أيضاً بطريق آخر. وأخرج جوازهم عن علي رضي الله عنه أيضاً.

(٥) قلت: وبه قال محمد أيضاً كما ذكره السرخسي في مبسوطه ج ٣ ص ١٣٧ قال: إلا أن عند أبي حنيفة لا سعاية على العبد، وعلى قول أبي يوسف ومحمد يلزمه السعاية في قيمته للغرماء. وهو بناء على مسألة الحجر بسبب الدين، وقد بينا ذلك في كتاب الحجر.

اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى

بالنسبة، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: هو جائز^(١). وبه نأخذ^(٢). وكان ابن أبي ليلى يقول: البيع جائز والمأمور ضامن لقيمة المتاع حتى يدفعه لرب المتاع، فإذا خرج الثمن من عند المشتري وفيه فضل عن القيمة، فإنه يرد ذلك الفضل على رب المتاع، وإن كان أقل من القيمة لم يضمن غير القيمة الماضية، ولم يرجع البائع على رب المتاع بشيء، والله تعالى أعلم.

قال: وإذا اختلف البيعان فقال البائع: بعثك وأنا بالخيار، وقال المشتري: بعثني ولم يكن لك خيار، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: القول قول البائع مع يمينه^(٣). وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: القول قول المشتري. وبه نأخذ.

قال: وإذا باع الرجل جارية بجارية وقبض كل واحد منهما ثم وجد أحدهما بالجارية التي قبض عيًّا، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: يردّها ويأخذ جاريته لأن البيع قد انتقض. وبه نأخذ^(٤). وكان ابن أبي ليلى - رحمه الله - يقول: يردّها ويأخذ قيمتها صحيحة، وكذلك قولهما في جميع الرقيق والحيوان والعروض.

قال: وإذا اشترى الرجل بيعًا^(٥) لغيره بأمره فوجد به عيًّا، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: يخاصم المشتري ولا نبالي أحضر الأمر أم لا، ولا نكلف المشتري أن يحضر الأمر، ولا نرى على المشتري يمينًا إن قال البائع [إن]^(٦) الأمر قد رضي بالعيب. وبه نأخذ^(٧). وكان ابن أبي ليلى يقول: لا يستطيع المشتري أن يرد السلعة التي بها العيب حتى يحضر الأمر فيحلف ما رضي بالعيب، ولو كان غائبًا بغير ذلك البلد. وكذلك الرجل معه مال مضاربة أتى بلادًا يتجر فيها بذلك المال، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: ما اشترى من ذلك فوجد به عيًّا فله أن يردّه ولا يستحلف على رضا الأمر بالعيب. وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: لا يستطيع المشتري المضارب أن يرد شيئًا من ذلك حتى يحضر

(١) زاد في المبسوط: ولا ضمان على البائع.

(٢) وهو قول الإمام محمد أيضًا - أفاده في المبسوط.

(٣) كذا هنا وفي باب الخيار في البيع من المبسوط خلاف هذه المسألة قال: «وإذا اختلف البيعان والمشتري في اشتراط الخيار فالقول قول الذي يفيقه منهما» فالنابي هنا هو المشتري دون البائع؛ ولم تذكر هذه المسألة في كتاب الاختلاف من المبسوط، والله أعلم.

(٤) وهو قول محمد أيضًا كما في المبسوط.

(٥) وفي المبسوط ذكرت هذه المسألة في (ص ١٢٠ ح ١٣) وفرض المسألة في جارية.

(٦) زيادة من المبسوط.

(٧) وبه أخذ صاحبه أيضًا.

رب المال فيحلف بالله ما رضي بالعيب وإن لم ير المتاع وإن كان غائباً، أرايت^(١) رجلاً
امر رجلاً فباع له متاعاً أو سلعة فوجد المشتري به عيباً أيخاصم البائع في ذلك أو نكلفه
أن يحضر الأمر رب المتاع؟ ألا ترى أن خصمه في هذا البائع ولا نكلفه أن يحضر الأمر
ولا خصومة بينه وبينه، فكذلك إذا أمره فاشترى له فهو مثل أمره بالبيع، أرايت لو
اشترى متاعاً ولم يره أكان للمشتري الخيار إذا رآه أم لا يكون له خيار حتى يحضر الأمر؟
أرايت لو اشترى عبداً فوجده أما كان له أن يردده بهذا حتى يخص الأمر؟ بلى له أن يردده
ولا يحضره الأمر.

قال: وإذا باع الرجل ثوباً مرابحة على شيء مسمى فباع المشتري الثوب ثم وجد
البائع قد خانه في المرابحة وزاد عليه في المرابحة، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: البيع جائز
لأنه قد باع الثوب، ولو كان عنده الثوب كان له أن يردده ويأخذ ما نقد إن شاء ولا يحطه
شيئاً. وكان ابن أبي ليلى يقول: تحط عنه تلك الخيانة وحصلتها من الربح. وبه نأخذ.

قال: وإذا اشترى الرجل للرجل سلعة فظهر فيها عيب^(٢) قبل أن ينقد الثمن، فإن
أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: له أن يرددها إن أقام البينة على العيب. وبه نأخذ^(٣). وكان ابن
أبي ليلى - رحمه الله - يقول: لا أقبل شهوداً^(٤) على العيب حتى ينقد الثمن.

قال: وإذا باع الرجل على ابنه وهو كبير داراً أو متاعاً من غير حاجة ولا عذر،
فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: ولا يجوز ذلك على ابنه. وبه نأخذ^(٥). وكان ابن أبي ليلى
يقول: يبيعه عليه جائز.

قال: وإذا باع الرجل متاعاً لرجل والرجل حاضر ساكت، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان
يقول: لا يجوز ذلك عليه، وليس سكوته لإقراراً بالبيع. وبه نأخذ^(٦). وكان ابن أبي ليلى
يقول: سكوته لإقرار بالبيع.

(١) هذه الحجج حجاج للإمام أبي حنيفة أوردها على ابن أبي ليلى إما أبو يوسف أو محمد، فسقط،
والله أعلم، من الكتاب قبل قوله «أرايت» شيء نحو قال محمد وكيف يقول ابن أبي ليلى: لا
يستطيع المشتري أن يرد السلعة أرايت إلخ فإذا قدر مثل هذه العبارة يستقيم سياق العبارة. بل
ربما يكون سرد تلك الحجج من الإمام أبي حنيفة نفسه، كما سيأتي نظير لذلك. والله أعلم.

(٢) وفي نسخة المبسوط فطعن فيها بعيب.

(٣) وهو قول محمد - أفاده السرخسي.

(٤) وفي نسخة المبسوط: لا تقبل شهادة شهود.

(٥) وبه أخذ محمد أيضاً.

(٦) وبه قال محمد.

اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى

قال: وإذا باع الرجل نصيباً من داره ولم يسم ثلثاً أو ربعاً أو نحو ذلك أو كذا وكذا سهماً، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: لا يجوز البيع على هذا الوجه. وقال أبو يوسف - رحمه الله -: له الخيار إذا علم إن شاء أخذ وإن شاء ترك ^(١). وكان ابن أبي ليلى - رحمه الله - يقول: إذا كانت الدار بين اثنين أو ثلاثة أجزت بيع النصيب وإن لم يسم، وإن كانت أسهما كثيرة ^(٢) لم يجز حتى يسمي.

قال: وإذا ختم الرجل على شراء، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: ليس ذلك بتسليم للبيع حتى يقول: سلمت. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى - رحمه الله - يقول: ذلك تسليم للبيع.

قال: وإذا بيع الرقيق والمتاع في عسكر الخوارج وهو متاع من متاع المسلمين أو رقيق من رقيقهم ^(٣) قد غلبوهم عليه، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: لا يجوز ^(٤) ويرد على أهله وبه نأخذ ^(٥). وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: هو جائز. وإن كان المتاع قائماً بعينه والرقيق قائماً بعينه وقتل الخوارج قبل أن يبيعه رد على أهله في قولهم جميعاً.

قال: وإذا باع الرجل المسلم الدابة من النصراني فادعاه نصراني آخر ^(٦) وأقام عليها بينة من النصارى، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: لا تجوز شهادتهم، من قبل أنه يرجع بذلك على المسلم ^(٧) وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: شهادتهم جائزة على النصراني ولا يرجع على المسلم بشيء. وبه نأخذ ^(٨).

قال: وإذا باع الرجل بيعاً من بعض ورثته وهو مريض، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: لا يجوز بيعه ذلك إذا مات من مرضه. وكان ابن أبي ليلى يقول: يبيعه جائز.

(١) قال الإمام السرخسي: فقد بينا هذه المسألة بوجوهها في آخر الشفعة ولكن هنا ذكر قول أبي حنيفة وحده، وأن البيع جائز إن لم يعلم المشتري بنصيب البائع وله الخيار إذا علم به، وذكر هناك قول محمد مع أبي يوسف، فعن محمد فيه روايتان. قلت: ومسألة الشفعة في ص ١٨٣ ج ١٤ وقال هناك: قول محمد مضطرب فيه، ذكره في بعض النسخ مع أبي يوسف وفي البعض مع أبي حنيفة.

(٢) وفي المبسوط: سهماً كثيرة.

(٣) وفي المبسوط وذلك من مال أهل العدل.

(٤) وفي المبسوط لم يجز البيع.

(٥) أي وبه يأخذ أبو يوسف ومحمد أيضاً.

(٦) وفي نسخة المبسوط: فاستحقها نصراني من يد المشتري بينة من النصارى .

(٧) وهو قول محمد أيضاً.

(٨) قال الإمام السرخسي: وقد بينا خلاف أبي يوسف في هذه المسألة في كتاب الشهادات، وقول ابن أبي ليلى كقول أبي يوسف.

قال: وإذا استهلك الرجل مالا لولده وولده كبير والرجل غني، فإن أبا حنيفة رحمته كان يقول: هو دين على الأب. وبه نأخذ ^(١). وكان ابن أبي ليلى يقول: لا يكون له دين على أبيه، وما استهلك أبوه من شيء لابنه فلا ضمان عليه فيه.

قال: وإذا اشترى رجل جارية بعبد وزاد معها مائة درهم ثم وجد بالعبد عينا وقد ماتت الجارية عند المشتري، فإن أبا حنيفة رحمته كان يقول: يرد العبد ويأخذ منه مائة درهم وقيمة الجارية صحيحة، فإن كانت الجارية هي التي وجد بها العيب وقد مات العبد، ردت الجارية وقسم قيمة العبد على المائة الدرهم على قيمة الجارية فيكون له ما أصاب المائة الدرهم ويرد ما أصاب قيمة الجارية من قيمة العبد. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول في هذا: إن وجد بالعبد عيباً رده وأخذ قيمته صحيحاً. وكذلك الدراهم التي هي في يديه ^(٢).

قال: وإذا اشترى الرجل ثوبين من رجل وفيضهما فهلك أحدهما ووجد بالثوب الآخر عيباً فأراد رده فاختلفا في قيمة الهالك، فإن أبا حنيفة رحمته كان يقول: القول قول البائع مع يمينه. وبه نأخذ ^(٣). وكان ابن أبي ليلى يقول: القول قول المشتري.

باب المضاربة*

قال أبو يوسف رحمته: وإذا أعطى الرجل الرجل ثوباً يبيعه على أن ما كان فيه من ربح فينبهما نصفان، أو أعطاه داراً يبنها ويؤجرها على أن أجرها بينهما نصفان، فإن أبا حنيفة رحمته كان يقول في ذلك كله: فاسد، وللذي باع أجر مثله على رب الثوب ولياني الدار أجر مثله على رب الدار. وبه نأخذ ^(٤). وكان ابن أبي ليلى يقول: هو حائز والأجر والربح بينهما نصفان. وكان ابن أبي ليلى يجعل هذا بمنزلة الأرض للمزارعة والنخل للمعاملة.

قال: وإذا كان مع الرجل مال مضاربة فأدانه ولم يأمره بذلك رب المال ولم ينهه،

(١) وبه قال محمد أيضاً.

(٢) وفي المبسوط: وكانت الدراهم للذي في يديه.

(٣) وبه يأخذ الإمام محمد أيضاً.

(٤) وهو قول محمد أيضاً. وهي مسألة باب المضاربة بالعروض، نظيرها في (ص ٣٥ ح ٢٢) من المبسوط.

* انظر المبسوط للسرْحسي (٣٣/٢٢)، والجامع الصغير للشيباني (ص ٤٢٥)، والحق له (٢٠/٣).

فإن أبا حنيفة عليه السلام كان يقول: لا ضمان على المضارب، وما أَدان من ذلك فهو جائز. وبه تأخذ^(١). وكان ابن أبي ليلى - رحمه الله - يقول: المضارب ضامن إلا أن يأتي بالبينة أن رب المال أذن له في النسبة. ولو أقرضه ضمن في قولهما جميعاً، لأن القرض ليس من المضاربة. حدثنا أبو حنيفة عن حميد بن عبد الله بن عبيد الأنصاري^(٢). عن أبيه عن جده أن عمر بن الخطاب عليه السلام أعطى مال يتيم مضاربة فكان يعمل به في العراق ولا يدري كيف قاطعه على الربح^(٣). حدثنا أبو حنيفة عن عبد الله بن علي^(٤) عن العلاء بن عبد

(١) وبه قال الإمام محمد أيضاً، وهي مسألة باب ما يجوز للمضارب في المضاربة من المبسوط (ج) ٢٢ ص ٣١-٣٩.

(٢) كذا في الأصل. وأخرجه الحافظ طلحة من طريق الإمام أبي يوسف عن الإمام فقال عن عبد الله بن حميد بن عبيد الأنصاري عن أبيه عن جده أن عمر أعطاه مالا مضاربة ليتيم.

وكذا أخرجه ابن خسرو من طريق أبي عمرو بن حبيب عن الإمام.

وأخرجه أبو يوسف في آثاره [ص ١٦٠] ، [٧٣٢] عن الإمام عن حميد بن عبد الله عن أبيه أن عمر - الحديث، فسقط «ابن عبيد». وكذا «عن جده» من أصل الآثار، والله أعلم.

قال في تعجيل المنفعة: حميد بن عبيد الأنصاري الكوفي عن أبيه أن عمر دفع إليه مالا مضاربة، وعنه ابنه عبد الله، ولبث بن أبي سليم وثقه ابن حبان قلت: سمى ابن حبان ابنه عبد الله بن عبد الرحمن. وذكر في ترجمة عبد الله بن حميد. ذكره ابن حبان في الثقات.

وذكره في ترجمة عبيد رواه عنه ابنه حميد. قلت: ذكره ابن حبان في الثقات. قلت: وفي تهذيب التهذيب: عبد الله بن عبيد الأنصاري روى عن سعيد بن جبيرة، وعنه داود بن أبي هند. وقال أبو حاتم: عبد الله بن عبيد الأنصاري قال: كتب إلى رجل من بني زريق في المتلاعنين.

قلت: وكذا قال البخاري. وذكر الخطيب أنه وهم قال: وإنما هو عبد الله بن عبيد بن عمير. بين ذلك سفیان الثوري في روايته عن داود بن أبي هند هذا الحديث. قلت ففي الإسناد قلب: إما عند طلحة وابن خسرو، وإما عند أبي يوسف في كتابه كما في التعجيل، ولعل الصواب ما ذكره هنا وفي الآثار، وكما ذكره في التهذيب، لأن محمداً روى هذا الحديث في كتاب المضاربة من «الأصل» نحو ما رواه أبو يوسف، والله أعلم. وأخرجه ابن أبي شيبة بمثل سند طلحة وابن خسرو فقال: عن عبد الله بن حميد عن أبيه عن جده أن عمر بن الخطاب دفع إليه مال يتيم مضاربة فطلب فيه ناصب ففاسده الفضل - كنز العمال.

(٣) وفي رواية كتاب المضاربة زاد فعمل له بالعراق، وكان يأتي الحجاز فكان يقاسم عمر الربح.

(٤) هو عبد الله بن علي أبو أيوب الإفريقي الكوفي الأزرق، روى عن صفوان بن سليم وعاصم بن هذلة والزهرى وأبي إسحاق السبيعي وزيد بن أسلم وابن المنكدر وجماعة، وعنه موسى بن عقبة من أقرانه ويحيى بن زكريا وعبد الرحيم بن سليمان ومروان بن معاوية ويزيد بن سنان وأبو يوسف القاضي. ذكره ابن حبان في الثقات. قال ابن معين: ليس به بأس. قلت: روى له أبو داود والترمذي - من تهذيب التهذيب. قلت: فوساطة الإمام بينه وبين أبي يوسف لعلها من الناسخ.

الرحمن بن يعقوب^(١) عن أبيه^(٢) أن عثمان بن عفان رضي الله عنه أعطى مالا مفارقة يعني مضاربة^(٣). حدثنا أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم أن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه أعطى زيد بن خليفة^(٤) مالا مفارقة^(٥).

(١) هو العلاء بن عبد الرحمن بن يعقوب الحرقى، أبو شبل المدني مولى الحرقة من جهينة. روى عن أبيه وابن عمر وأنس وأبي السائب ونعيم الجمر وسالم بن عبد الله بن عمر وغيرهم، وعنه ابنه شبل وابن جريج وعبيد الله بن عمر وابن إسحاق ومالك ومسلم الرنجي وشعبة والسفيان وغيرهم. روى له الخمسة والبخاري في جزئه. ذكره ابن حبان في الثقات. وقال الواقدي: كان ثقة، كثير الحديث. وقال النسائي: ليس به بأس، وكذلك روى عن ابن معين، مات سنة ١٣٩ - من التهذيب.

(٢) هو عبد الرحمن بن يعقوب الجهنمي المدني. روى عن أبيه وأبي هريرة وأبي سعيد وابن عباس وابن عمر وهانئ مولى علي، وعنه ابنه العلاء وسالم أبو النضر ومحمد بن إبراهيم التيمي ومحمد بن عجلان ومحمد بن عمرو بن علقمة وعمر بن حفص بن ذكوان، ذكره ابن حبان في الثقات. وقال العجلي: تابعي، ثقة. أخرج له الخمسة والبخاري في جزء القراءة. قلت: أبوه يعقوب روى عن عمر وحذيفة، وعنه ابنه والوليد بن الوليد - من التهذيب.

(٣) أخرجه الإمام محمد أيضاً في كتاب المضاربة من «الأصل». وأخرجه مالك أيضاً في الموطأ عن العلاء بن عبد الرحمن بن يعقوب عن أبيه عن جده أنه عمل في مال لعثمان بن عفان عن أن الربيع بينهما. قلت: فعلم منه أن واسطة جده سقطت هنا. وجده يعقوب هو الذي عمل لسيدنا عثمان رضي الله عنه. وكذلك أخرجه البيهقي.

(٤) زيد بن خليفة اليشكري ذكره ابن حبان في الثقات. وقال البخاري في تاريخه هو والد محمد. قال الشعبي: حدثني زيد بن خليفة أنه لقي هرم بن حيان العبدي وابن مسعود رضي الله عنهما.

(٥) وأخرجه هو في آثاره أيضاً والإمام محمد أيضاً في المضاربة من «الأصل» وابن خسر في مسنده من طريق الحسن بن زياد عنه مفصلاً*.

* انظر: تلخيص الحبير (٥٨/٣)، ونصب الراية (١١٥/٤).

باب السلم*

قال أبو يوسف: وإذا كان لرجل على رجل طعام أسلم إليه فيه فأخذ بعض طعامه وبعض رأس ماله، فإن أبا حنيفة عليه السلام كان يقول: هو جائز. بلغنا عن عبد الله بن عباس - رضي الله عنهما - أنه قال: ذلك المعروف الحسن الجميل ^(١). وبه نأخذ ^(٢). وكان ابن أبي ليلى يقول: إذا أخذ بعض رأس ماله فقد فسد السلم ويأخذ رأس ماله كله ^(٣). قال: وإذا أسلم الرجل في اللحم، فإن أبا حنيفة عليه السلام كان يقول: لا خير فيه لأنه غير معروف. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: لا بأس به. ثم رجع أبو يوسف إلى قول ابن أبي ليلى وقال: إذا بين مواضع اللحم فقال: أفخاذ وجنوب ونحو هذا. فهو جائز ^(٤).

(١) أخرجه الإمام أبو يوسف في آثاره عن الإمام عن أبي عمر عن سعيد بن جبير عن ابن عباس أنه قال في الرجل يأخذ بعض سلمه ويأخذ بعض رأس ماله فقال: «لا بأس به ذلك المعروف الحسن الجميل». وأخرجه الإمام محمد في الآثار والحسن بن زياد في مسنده نحوه. وأخرجه ابن خسرو أيضاً من طريق الحسن. وأخرجه طلحة بالسند المذكور عن ابن عباس مرفوعاً «إذا أخذ الرجل بعض رأس المال وبعض سلمه فلا بأس به».

(٢) وهو قول محمد أيضاً - أناده السرخسي في (ص ١٣٠ ج ١٢) من المبسوط قال الإمام السرخسي: وحجتنا في ذلك أن أخذ رأس المال إقالة ولو أقاله في الكل جاز فكذلك إذا أقاله في البعض يجوز أيضاً كما في بيع العين.

(٣) قلت: وهو قول ابن عمر - رضي الله عنهما - كما ذكره السرخسي، واستدل هو بقوله عليه السلام «لا تأخذ إلا سلمك أو رأس مالك» وتأويل الحديث أن النهي عن أخذ شيء آخر سوى رأس المال والسلم فيه، وإنما يكون ذلك عند الاستبدال أناده السرخسي.

(٤) قال الإمام السرخسي في مبسوطه (ج ١٢ ص ١٣٧): ولا خير في السلم في اللحم لأنه مختلف في قول أبي حنيفة، ولا بأس به في قول ابن أبي ليلى. وقال أبو يوسف ومحمد: إذا أسلم في موضع منه معلوم وسمى صفة معلومة فهو جائز. وقيل لا خلاف بينهما وبين أبي حنيفة فيما إذا أطلق السلم في اللحم وهما لا يجوزان ذلك، وجوابهما فيما إذا بين منه موضعاً، وأبو حنيفة يجوز ذلك.

والأصح أن الخلاف ثابت وأن عند أبي حنيفة لا يجوز السلم فيه وإن بين منه موضعاً معلوماً. وجه قولهما أنه موزون معلوم فيجوز السلم فيه كسائر الموزونات، وبيان الوصف أن الناس اعتادوا بيعه وزناً ويجوز استقراضه وزناً ويجري فيه الربا بعلة الوزن إلخ. ولأبي حنيفة طريقتان: أحدهما أن اللحم يشتمل على ما هو المقصود وعلى ما ليس بمقصود وهو العظم فيتفاوت ما هو المقصود بتفاوت ما ليس بمقصود منه، ألا ترى أنه تجرى المساكنة بين البائع والمشتري في ذلك؟ فالمشتري يطالبه بالنزع والبائع يدسه فيه وهذا نوع من الجهالة: والنزاعات بينهما لا

* انظر: وسائل الأسلاف إلى مسائل الخلاف لسبط بن الجوزي (ص ٤٩٩، ٥١٤) طبع دار الكتب العلمية - بيروت.

باب الشفعة *

قال أبو يوسف رحمه الله : إذا تزوجت امرأة على شقص من دار، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: لا شفعة في ذلك لأحد. وبه تأخذ ^(١). وكان ابن أبي ليلى يقول: للشفيع الشفعة بالقيمة وتأخذ المرأة قيمة ذلك منه. وقال أبو حنيفة رحمه الله: كيف يكون ذلك وليس هذا شراء يكون فيه شفعة إنما هذا نكاح؟ أرأيت لو طلقها قبل أن يدخل بها كم للشفيع منها، وم يأخذ بالقيمة أو بالمهر؟ وكذلك إذا اختلعت بشقص من دار في قولهما جميعاً.

قال أبو يوسف: وإذا اشترى الرجل داراً وبني فيها بناء ثم جاء الشفيع يطلبها بالشفعة، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: يأخذ الشفيع الدار ويأخذ صاحب البناء النقص. وبه تأخذ ^(٢).

ترتفع بيان الموضع وذكر الوزن بخلاف النوى الذي في التمر فالمنارعة لا تجري في نزع ذلك، وكذلك العظم الذي في الآلية. وعلى هذا الطريق إذا أسلم في لحم منزوع العظم يجوز عند أبي حنيفة وهو اختيار ابن شجاع، والطريق الآخر أن اللحم يشتمل على السمن والمزال، ومقاصد الناس في ذلك مختلفة، وذلك يختلف باختلاف فصول السنة، وبقلة الكلاء وبكثرة الكلاء، والسلم لا يكون إلا موجلاً فلا يدري أعند حلول الحول على أي صفة تكون؟ وهذه الجهالة لا ترتفع بذكر الوصف فكان السلم في اللحم بمنزلة السلم في الحيوان وبه فارق الاستقراض. فالقراض لا يكون إلا حالاً، وفي الحال صفة السمن والمزال معلومة، وبخلاف الشحم والآلية فالتفاوت فيها من حيث القلة والكثرة، ويذكر الوزن يزول ذلك وعلى هذا الطريق منزوع العظم (وغیره) سواء وهو الأصح.

(١) وهو قول محمد أيضاً. والمسألة في باب المهور من كتاب النكاح من مبسوط السرخسي ج ٥ ص ٧٨ قال: وعندنا وجوب الشفعة يختص بمعاوضة مال بمال مطلق، والبضع ليس بمال مطلق فكان المملوك صدقاً بمنزلة الموهوب فلا تجب فيها الشفعة. وهذا لأن الشفيع إنما يملك بمثل السبب الذي به تملك المشتري، فإن الشرع قدم الشفيع على المشتري في إثبات حق الأخذ له بذلك السبب لا في إنشاء سبب آخر، ولهذا لا تجب الشفعة في الموهوب لأنه لو أخذه أخذه بعوض فكان سبباً آخر غير السبب الذي تملك به الممتلك، فكذلك هنا المرأة إنما ملكت الدار بالنكاح صدقاً فلو أخذها الشفيع كان شراء فكان سبباً آخر، بخلاف ما إذا اشتراها بعد فإن الشفيع يأخذها بمثل ذلك السبب لأن الشراء بقيمة العبد بمنزلة الشراء بعين العبد في أنه شراء مطلق.

(٢) وبه يأخذ صاحبه.

* انظر : وسائل الأسلاف إلى مسائل الخلاف لسبط ابن الجوزي (ص ١٥١٩، ٥٢٥) ط العنسية بيروت.

وكان ابن أبي ليلى يجعل الدار والبناء للشفيع ويجعل عليه قيمة البناء وضمن الدار الذي اشتراها به صاحب البناء وإلا فلا شفعة له^(١).
 قال: وإذا اشترى الرجل أرضاً أو داراً، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: لصاحب الشفعة الشفعة حين علم، فإن طلب الشفعة وإلا فلا شفعة له. وبه تأخذ^(٢).
 وكان ابن أبي ليلى يقول: هو بالخيار ثلاثة أيام بعد علمه.
 قال: وإذا أخذ الرجل الدار بالشفعة من المشتري ونقده الثمن، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: العهدة على المشتري الذي أخذ المال. وبه تأخذ^(٣).
 وكان ابن أبي ليلى يقول: العهدة على البائع لأن الشفعة وقعت يوم اشترى المشتري للشفيع.
 قال: وإذا كانت الشفعة لليتيم، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: له الشفعة. فإن كان له وصي أخذها بالشفعة، وإن لم يكن له وصي كان على شفيعته إذا أدرك، فإن لم يطلب الرصي الشفعة بعد علمه فليس لليتيم شفيعته إذا أدرك، وكذلك الغلام إذا كان أبوه حياً.

- (١) وفي المبسوط: وعلى قول ابن أبي ليلى يأخذ الشفيع الدار والبناء ويعطي الثمن وقيمة البناء إن شاء. وهو رواية عن أبي يوسف.
- (٢) قلت: وهو قول محمد أيضاً. والمسألة في كتاب الشفعة من المبسوط (ج ١٤ ص ١١٦-١١٧) قال: واستدل علماؤنا في ذلك بقوله رحمته الله: «الشفعة لمن وثبها».
- في رواية: «الشفعة كنشطة العقال إن أخذها ثبتت وإلا ذهبت» إلخ. قال: وإذا علم الشفيع بالبيع فلم يطلب مكانه فلا شفعة له وفي هذا اللفظ إشارة إلى أن طلب الشفعة يتوقت بمجلس علم الشفيع به وهو اختبار الكرخي.
- وذكر ابن رستم في نوادره عن محمد أنه إذا سكت عن الطلب بعد ما علم بالبيع يبطل شفيعته، وعلى هذا عامة مشايخنا إلا أن هشاماً ذكر في نوادره أنه إذا سكت هنية ثم طلب فهو على شفيعته ما لم يتناول سكوته.
- وكذلك إن قال كما سمع: سبحان الله، أو قال الله أكبر، أو قال: خلصني الله من فلان، ثم طلب الشفعة، فهو على شفيعته. وكذلك إذا قال: بكم باعها أو متى باعها أو متى اشتراها، فهذا القدر من الكلام لا تبطل شفيعته، وهو على حقه إذا طلب.
- وقال ابن أبي ليلى: إن طالت إلى ثلاثة أيام فله الشفعة. وقال سفيان: له مهلة يوم من حين سمع وقال شريك هو على شفيعته ما لم يبطلها صريحاً أو دلالة، بمنزلة سائر الحقوق المستحقة له.
- (٣) وهو قول محمد أيضاً. وهذه المسألة في كتاب الشفعة من مبسوط السرخسي (ج ١٤ ص ١٠١) قال: «وقال ابن أبي ليلى عهدته على البائع في الوجهين جميعاً» أي أخذها من المشتري أو من البائع سواء عنده في العهدة.

اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى ٤٠٩
وبه نأخذ^(١). وكان ابن أبي ليلى يقول: لا شفعة للصغير.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: الشفعة للشريك الذي لم يقاسم، وهي بعده للشريك الذي قاسم والطريق واحدة بينهما وهي بعده للجواز - الملائق. وإذا اجتمع الجيران وكان التصاقهم سواء. فهم شركاء في الشفعة^(٢).

وكان ابن أبي ليلى يقول بقول أبي حنيفة حتى كتب أبو العباس أمير المؤمنين^(٣) يأمره أن لا يقضي بالشفعة إلا للشريك الذي لم يقاسم، فأخذ بذلك وكان لا يقضي إلا للشريك الذي لم يقاسم. وهذا قول أهل الحجاز. وكذلك بلغنا عن علي وابن عباس رضي الله عنهم.

قال: وإذا اشترى الرجل الدار وسمى أكثر مما أخذها به فسلم ذلك الشفيع ثم علم بعد ذلك أنه أخذها بدون ذلك، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: هو على شفيعته، لأنه إنما سلم بأكثر من الثمن. وبه نأخذ^(٤).

وكان ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى يقول: لا شفعة له لأنه قد سلم ورضي. أخبرنا الحسن بن عمار^(٥) عن الحكم^(٦) عن مجاهد^(٧) عن ابن عباس رضي الله

(١) قال السرخسي: وعلى قول محمد وزفر له الشفعة إذا أدرك، وهو قول ابن أبي ليلى. وقد بينها في الشفعة.

(٢) وهو قول صاحبيه. والمسألة في ص ٩٤ ج ١٤ من الميسوط. قال: وهذا أي قول علي وابن عباس قول أهل المدينة وليس يأخذ به أهل الكوفة إلا أنه قد رجح إليه ابن أبي ليلى الخ ونحن أخذنا بقول عمر.

(٣) هو عبد الله بن محمد بن علي بن عبد الله بن عباس أبو العباس الملقب بالسفاح الهاشمي العباسي أول خلفاء بني العباس بويع في سنة ١٣٢. ومات بالأنبار سنة ١٣٦ بالحدري وله ٣٢ سنة. ومدة خلافته خمس سنين إلا ثلاثة أشهر - من دول الإسلام.

(٤) وهو قول صاحبه أيضاً. والمسألة في (ص ١٠٥) من شفعة الميسوط (ج ١٤) مبسطة مشروحة مدللة.

(٥) الحسن بن عمار البجلي مولاهم الكوفي أبو محمد قاضي بغداد.

روى عن ابن أبي مليكة والحكم، وعنه السفينان والقطان وخلق.

روى له أبو داود وابن ماجه والبخاري تعليقاً. مات سنة ١٥٣هـ.

(٦) الحكم بن عتيبة بمثناة فوقية ثم تحتية مصغراً الكندي مولاهم، أبو محمد أو أبو عبد الله الكوفي، أحد الأعلام. روى عن أبي جحيفة وعبد الله بن شداد وأبي وائل وابن أبي نجيلى وخلق، وعنه منصور والأعمش ومسلم وأبو حنيفة وشعبة وأبو عروانة وكثيرون. قال العجلي: ثقة ثبت، من فقهاء أصحاب إبراهيم صاحب سنة. مات سنة ١١٥هـ عن خمس وستين سنة. قلت: روى له السنة وغيرهم.

(٧) مجاهد بن جبر بإسكان الموحدة مولى السائب أبو الحجاج المكي السقري الإمام المفسر.

عنهما وعن الحكم عن يحيى ^(١) عن علي عليه السلام أنهما قالا: «لا شفعة إلا لشريك لم يقاسم» ^(٢).
أخبرنا الحجاج بن أرطاة ^(٣) ، عن عمرو بن شعيب ^(٤) ، عن عمرو بن الشريد ^(٥) ،
عن أبيه قال: قال رسول الله ﷺ «الجار أحق بسقبة ما كان» ^(٦).

- روى عن ابن عباس وأبي هريرة وجابر وعائشة، وقيل لم يسمع منها.
وعنه عكرمة وعطاء وقتادة والحكم وأيوب وخلق، وثقه ابن معين، وأبو زرعة، مات بمكة سنة
اثنين أو ثلاث ومائة وهو ساجد .
ومولده سنة ٢١ هـ. قلت: هو من رواة الصحاح والسنن وغيرها من الكتب.
(١) هو يحيى بن الحجاز العربي الكوفي، لقبه زبانا. روى عن علي وأبي بن كعب وابن عباس
والحسن بن علي وعائشة وأم سلمة ومسروق وابن أبي ليلى وابن أخي زينب الثقفية.
وعنه الحكم وحبيب بن أبي ثابت وعمرو بن مرة وموسى ابن أبي عائشة وغيرهم. وروى له
الأربعة ومسلم.
قال الجوزجاني: كان غالبا مفرطا. وقال أبو زرعة والنسائي وأبو حاتم: ثقة، وذكره ابن حبان في
الثقات. من التهذيب.
(٢) وأخرجه الإمام محمد أيضا في كتاب الشفعة من «الأصل».
(٣) حجاج بن أرطاة أبو أرطاة النخعي الكوفي، قاضي البصرة أحد الأعلام. روى عن يحيى بن أبي
كثير ولم يسمع منه والشعبي وعطاء وعكرمة. وعنه منصور شيخه وشعبة وعبد الرزاق. قلت:
وأبو يوسف وخلق.
قلت: روى له الخمسة والبخاري في الأدب.
قال أبو حاتم: إذا قال حدثنا فهو صالح لا نرتاب في حفظه وصدقه. مات سنة ١٤٧ هـ - من
الخلاصة.
(٤) هو عمرو بن شعيب بن محمد بن عبد الله بن عمرو بن العاص السهمي، أبو إبراهيم المدني، نزيل
الطائف.
روى عن أبيه عن جده وطاوس وعن الربيع بنت معوذ وطائفة، وعنه عمرو بن دينار وقتادة
والزهري وأيوب وخلق.
قال القطان: إذا روى عن الثقات فهو ثقة يحتج به. أخرج له الأربعة والبخاري في جزء قراءته. مات
سنة ١١٨ هـ - خلاصة.
(٥) هو عمرو بن الشريد بن سويد الثقفي أبو الوليد الطائفي.
روى عن أبيه وأبي رافع، وعنه إبراهيم بن ميسرة وبكير بن الأشج، وثقه العجلي.
روى له الخمسة والترمذي في الشمائل. قلت: وشريد بن سويد الثقفي شهد بيعة الرضوان،
له أحاديث، انفرد له مسلم بحديثين. روى عنه ابنه عمرو وأبو سلمة بن عبد الرحمن - من
الخلاصة.
(٦) أخرجه النسائي وابن ماجه والطحاوي عن حسين المعلم عن عمرو بن شعيب عن عمرو بن

أخبرنا أبو حنيفة عن أبي أمية ^(١) عن المسور بن مخرمة أو عن سعد بن مالك رضي الله عنهم قال: قال رسول الله ﷺ: «الجار أحق بسقبة» ^(٢).

الشريد عن أبيه، ولفظه أن رجلاً قال: يا رسول الله أَرْضِي لِيَسَ لِأَحَدٍ فِيهَا شَرِكٌ وَلَا قَسَمَ إِلَّا لِلْحَوَارِ. فقال: «الجار أحق بسقبة ما كان»

وأخرجه البخاري عن عمرو بن الشريد عن أبي رافع.

(١) هو عبد الكريم بن قيس أبو المخارق أبو أمية البصري المعلم. روى عن أنس وعمر بن سعيد ابن العاص وطاوس وحسان بن بلال وحبان بن جزء وعبد الله بن الحارث ونافع وأبي الزبير المكي، وعنه عطاء ومجاهد وهما من شيوخه ومحمد بن إسحاق وابن جريج وأبو حنيفة وابن أبي ليلى ومالك وحماة بن سلمة والثوري وإسرائيل وشريك وابن عينة. روى له البخاري تعليقاً ومسلم متابعاً والترمذي والنسائي وابن ماجه وأبو داود في مسائل أحمد، ضعفه. مات سنة ١٢٦.

(٢) قلت: وأخرجه الإمام أبو يوسف في آثاره أيضاً عن الإمام عن عبد الكريم عن المسور عن أبي رافع وأخرجه الإمام محمد في كتاب الشفعة من «الأصل» وفي كتاب «الحجة» وفي كتاب «الآثار» أيضاً. وفيه عن رافع، وأخرجه الحسن بن زياد أيضاً عنه في مسنده.

وأخرجه أبو محمد الحارثي في مسنده عن الإمام بطرق كثيرة وبين صوابها من خطئها. وأخرجه الكلاعي من طريق الوهبي وطلحة بن محمد والقاضي أبو بكر بن خسرو في مسانيدهم عنه.

قلت: وأخرجه البخاري عن عمرو بن الشريد عن أبي رافع، وكذلك الطحاوي عن ابن عينة عن إبراهيم بن ميسرة عن عمرو بن الشريد قال: أتاني المسور بن مخرمة فوضع يده على أحد منكبي فقال: انطلق بنا إلى سعد، فأتينا سعد ابن أبي وقاص في داره فجاء أبو رافع فقال للمسور: ألا تأمر هذا أن يشتري مني بيتين في داره؟ فقال سعد: والله لا أزيدك على أربعمئة دينار مقطعة أو منجمة. فقال: سبحان الله! لقد أعطيت بهما خمسمئة دينار نقداً، ولولا أنني سمعت رسول الله ﷺ يقول: «الجار أحق بسقبة» ما بعثك.

قلت: واختلف فيه على الإمام والصحيح ما أخرجه أبو يوسف، ومن أخرج مثله، بين ذلك الحارثي. ورافع مولى سعد، ورافع بن خديج وهم. والسقب: القرب، والصاد لغة، وهما مصدران: سقبت الدار، وصقبت. والصادق: القريب.

ومعنى الحديث: الجار أحق بسقبة: أي أن الجار أحق بالشفعة إذا كان جاراً ملاصقاً. والباء من صلة أحق لا للنسب - كذا في المغرب *.

* رواه النسائي (٣٢٠/٧)، والشافعي في مسنده (ص ١٨٢)، وابن الجارود في المستقى (ص ١٦٢)، والترمذي (٦٥٢/٣)، والبخاري (٧٨٧/٢)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (١٢٤/٤)، والبيهقي (١٠٥/٦)، والدارقطني (٢٢٢/٤)، وأبو داود (٢٨٦/٣)، وابن ماجه (٨٣٣/٢)، وابن حبان (٥٨٣/١١)، وابن أبي شيبة في المصنف (٦٥٢/٤).

باب المزارعة *

قال أبو يوسف رحمه الله: وإذا أعطى الرجل الرجل أرضاً مزارعة بالنصف أو الثلث أو الربع أو أعطى نخلاً أو شجرةً معاملةً بالنصف، أو أقل من ذلك أو أكثر، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: هذا كله باطل^(١) لأنه استأجره بشيء مجهول.

يقول: أرايت لو لم يخرج من ذلك شيء أليس كان عمله ذلك بغير أجر؟ وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: ذلك كله جائز، بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه أعطى خبيراً بالنصف فكانت كذلك حتى قبض، وخلافة أبي بكر رضي الله عنه، وعامة خلافة عمر رضي الله عنه.^(٢) وبه نأخذ.

ولما قياس هذا عندنا مع الأثر، ألا ترى أن الرجل يعطي الرجل مالا مضاربة بالنصف، ولا بأس بذلك؟ وقد بلغنا عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وعن عبدالله بن مسعود وعن عثمان بن عفان رضي الله عنهما أنهم أعطوا مالا مضاربة^(٣). وبلغنا عن سعد بن أبي وقاص، وعن ابن مسعود رضي الله عنهما أنهما كانا يعطيان أرضهما بالربع

(١) وحجة الإمام حديث جابر «نهي عن المخابرة والمحاولة والمزابنة». أخرجه مسلم وحديث رافع بن خديج عند مسلم وغيره.**

وحديث ثابت بن الضحاك «أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المزارعة وأمر بالمؤاجرة وقال: لا بأس بها» أخرجه مسلم***.

والمخابرة هي المزارعة ومن شاء زيادة الاطلاع فليراجع مبسوط السرخسي، فإنه أكثر في هذا الباب وجاء فيه بما لا مزيد عليه.

وأخرج أحاديث الباب وأصحاب السنن، والبيهقي واستوعبها****.

(٢) قلت: أخرجه الشيخان والترمذي وابن ماجه من حديث ابن عمر، والطحاوي من حديث ابن عمر وابن عباس وجابر رضي الله عنهم، والبيهقي من حديث ابن عمر وابن عباس وأنس رضي الله عنهم.

(٣) وقد مر ما روي عنهم مع تخريج الآثار.

* انظر: المبسوط للسرخسي (٨٣/٢٣)، وبدائع الصنائع (١٨٠/٦).

** رواه مسلم (١١٧٤/٣، ١١٧٧، ١١٨٤)، والنسائي (٣٧/٧، ٤٨، ٢٦٣، ٢٧٠)، والشافعي في مسنده (ص ١٤٥).

*** رواه مسلم (١١٨٣/٣، ١١٨٤)، والدارمي (٣٥٠/٢).

**** انظر: الدراية في تخريج أحاديث الهداية للحافظ (٢٠٥/٢)، وتلخيص الحبير له (٥٩/٣)، ونصب الراية للزيلعي (١٨٠/٤).

(١) أخرج الطحاوي [١١٤ / ٤] ، عن موسى بن طلحة، قال: أقطع عثمان رضي الله عنه نقرأ من أصحاب النبي ﷺ عبد الله بن مسعود، والزبير بن العوام، وسعد بن مالك، وأسامة، فكان جاري منهم سعد بن مالك وابن مسعود يدفعان أرضهما بالثالث والرابع*. وفي رواية عنه: أقطع عبد الله أرضاً** وأقطع سعداً أرضاً وأقطع حباباً*** أرضاً وأقطع صهيباً أرضاً فكلاً جاري كانا يزارعان بالثالث والرابع. وأخرج عن عمر بن عبد العزيز أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه بعث يعلى بن منية إلى اليمن فأمره أن يعطيهم الأرض البيضاء على أنه إن كان البقر والبذر والحديد من عمر فله الثلثان ولهم الثلث، وإن كان البقر والبذر والحديد منهم فلعمر الشطر ولهم الشطر، وأمره أن يعطيهم النخل والكرم على أن لعمر ثلثين ولهم الثلث. وأخرج عن أبي جعفر محمد بن عيسى أنه قال: كان أبو بكر الصديق رضي الله عنه يعطي الأرض على الشطر.

- * انظر: الاستخراج لأحكام الخراج لابن رجب الحنبلي (ص ٤٠، ١٣١، ١٣٣)، ورواه عبد الرزاق في المصنف (٩٩/٨).
- ** انظر: الاستخراج (ص ١٢٩)
- *** رواه ابن أبي شيبة في المصنف (٤٧٢/٦).

باب الدعوى والصلح *

قال أبو يوسف رحمه الله: وإذا ادعى الرجل الدعوى قبل رجل في دار أو دين أو غير ذلك فأنكر ذلك المدعي عليه الدعوى ثم صالحه من الدعوى وهو منكر لذلك، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول في هذا جائز. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى لا يجيز الصلح على الإنكار. وكان أبو حنيفة يقول: كيف لا يجوز هذا وأجوز ما يكون الصلح على الإنكار؟ وإذا وقع الإقرار لم يقع الصلح.

قال: وإذا صالح الرجل الطالب عن المطلوب والمطلوب متغيب، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: الصلح جائز. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: الصلح مردود لأن المطلوب متغيب عن الطالب. وكذلك لو أخر عنه ديناً عليه وهو متغيب كان قولهما جميعاً على ما وصفت لك.

قال: وإذا صالح الرجل الرجل ^(١) أو باع بيعاً أو أقر بدين فأقام البينة أن الطالب أكرهه على ذلك، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: ذلك كله جائز ولا أقبل منه بينة أنه أكرهه ^(٢). وبه نأخذ ^(٣). وكان ابن أبي ليلى يقول: أقبل البينة على الإكراه وأرد ذلك عليه. وقال أبو يوسف ^(٤): إذا كان الإكراه في موضع أبطل فيه الدم قبلت البينة على الإكراه. وتفسير ذلك أن رجلاً لو شهر على رجل سيقاً فقال: لتقرن أو لأقتلنك فقال: أقبل منه البينة على الإكراه وأبطل عنه ذلك الإقرار.

(١) زاد السرخسي: عن صلح

(٢) وفي نسخة السرخسي: البينة بأنه أكرهه

(٣) كذا في الأصل والظاهر أنه من سهو الناسخ لأن قول أبي يوسف يأتي بعد، أو اتفق هو معه في صورة واحدة كما بينه السرخسي، واختلف في أخرى فينبه بقوله: وقال أبو يوسف إلخ.

(٤) وفي المبسوط: وقال أبو يوسف ومحمد إلخ. قال وهذه تبني على ما بينا في كتاب الإكراه أن عند أبي حنيفة الإكراه إنما يتحقق من السلطان فإكراه الرعية ليس بإكراه. وعندهما يتحقق الإكراه ممن يكون قادراً على إيقاع ما هدد به، سلطاناً كان أو غيره، فيقولان الثابت بالبينة بالمعينة ولو غائباً، أو أكرهه من عامله على ذلك، لم ينتع نفوذه عند أبي حنيفة وعندهما ينتع نفوذه فكذلك إذا ثبت بالبينة إلا أن عندهما إنما تقبل البينة على هذا إذا كان في موضعه بأن يتصور الإكراه من مثله له، وعند ابن أبي ليلى تقبل بينته على ذلك على كل حال لأنه أثبت السبب المبطل للعقد وللدفع بصفة اللزوم بالبينة، والثابت بالبينة كالثابت باتفاق الخصم. ولو ساعده الخصم على ذلك بطل الصلح والبيع، وكذلك إذا ثبت بالبينة.

* انظر: وسائل الأسلاف إلى مسائل الخلاف (ص ٥٥٤، ٥٧١)، (ص ٦٠٠، ٦٠٣).

قال: وإذا اختصم الرجلان إلى القاضي فأقر أحدهما بحق صاحبه بعد ما قاما من عند القاضي وقامت عليه بذلك بينة وهو يجحد ذلك، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: ذلك جائز، وبه نأخذ ^(١).

وكان ابن أبي ليلى يقول: لا إقرار لمن خاصم إلا عندي، ولا صلح لهما إلا عندي. قال: وإذا اصطلى الرجلان على حكم يحكم بينهما ففضى بينهما بقضاء محالف ل رأي القاضي فارتفعا إلى ذلك القاضي، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: ينبغي لذلك القاضي أن يبطل حكمه ويستقبل الحكم بينهما. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: حكمه عليهما جائز.

(١) وهذا متفق عليه عند علمائنا - أفاده السرخسي.

باب الصدقة والهبة *

قال أبو يوسف رحمته: وإذا وهبت المرأة لزوجها هبة أو تصدقت أو تركت له من مهرها ثم قالت: أكرهني وجاءت على ذلك بيينة، فإن أبا حنيفة رحمته كان يقول: لا أقبل بيتها وأمضي عليها ما فعلت من ذلك، وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: أقبل بيتها على ذلك وأبطل ما صنعت ^(١).

قال: وإذا وهب الرجل هبة وقبضها الموهوب له وهي دار فبناها بناء وأعظم النفقة، أو كانت جارية صغيرة فأصلحها أو وضعها حتى شبت وأدركت، فإن أبا حنيفة رحمته كان يقول: لا يرجع الواهب في شيء من ذلك ولا في كل هبة زادت عند صاحبها خيراً، ألا ترى أنه قد حدث فيها في ملك الموهوبة له شيء لم يكن في ملك الواهب؟ أرايت إن ولدت الجارية ولدًا كان للواهب أن يرجع فيه ولم يهبه له ولم يملكه قط؟ وهذا نأخذ ^(٢). وكان ابن أبي ليلى يقول: له أن يرجع في ذلك كله وفي الولد.

قال: وإذا وهب الرجل جارية لابنه، وابنه كبير وهو في عياله، فإن أبا حنيفة رحمته

(١) قلت: روى الإمام محمد في «الأصل» عن علي رحمته قال: إذا وهبت المرأة لزوجها هبة فإن شاءت رجعت فيها إذا هي ادعت أنه استكرهها، وإن وهب هو لها شيئاً فليس له أن يرجع في الهبة. قال السرخسي في ابتداء كتاب الهبة من مبسوطه بعدما نقل هذا الأثر: وليس مراده الفرق بينهما في الرجوع بحكم الزوجية وإنما مراده أن الدعوى من المرأة - أنها كانت مكرهة - مسموعة. ومن الزوج لا، لاعتبار الظاهر. فالظاهر أن الزوج يتمكن من إكراه زوجته، والمرأة لا تتمكن من إكراه زوجها. والظاهر أن المرأة تخاف على نفسها من جهة الزوج بما يثبت به الإكراه من الضرب والحبس والزواج لا يخاف ذلك من جهة امرأته، وفيه دليل أن الهبة من المكره لا تصح لأن شرط صحة الهبة تمام الرضا والإكراه يعدم الرضا. قلت: وهذا دليل ابن أبي ليلى ولم يبين دليل الإمام وصاحبيه ولا مذهبه.

(٢) وهي متفق عليها بين علمائنا وهي مذكورة في المبسوط في كتاب الهبة (ج ١٢ ص ٨٣) قال: وهذا إذا كان ما بنى بحيث يعد زيادة، فإن كان لا يعد زيادة كالآري أو يعد نقصاً كالنور في الكاشانة فإنه لا يمنع الرجوع لانعدام المانع وهو زيادة مالية الموهوب بزيادة في عينه. وفي المغرب: الآري: هو المعلق عند العامة، وهو مراد الفقهاء. وتستعار الآري بالمكان لما يتخذ في الحوانيت من تلك الأحياز للحيوب غيرها كما يستعار بحياض الماء في الحمام. والكاشانة: الطرز وقيل: بيت الصيف بالفارسية كالقيطون الصيفي عندنا.

• انظر: وسائل الأسلاف إلى مسائل الخلاف (ص ٤١٦، ٤٢٢).

كان يقول: لا تجوز إلا أن يقبض. وبه نأخذ^(١). وكان ابن أبي ليلى يقول: إذا كان المالك في عيال أبيه وإن كان قد أدرك فهذه الهبة جائزة. وكذلك الرجل إذا وهب لامرأته. قال: وإذا وهب الرجل داراً لرجلين أو متاعاً وذلك المتاع مما يقاسم فقبضاه جميعاً، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: لا تجوز تلك الهبة إلا أن يقسم لكل واحد منهما منها حصته، وكان ابن أبي ليلى يقول: الهبة جائزة. وبه نأخذ^(٢). وإذا وهب اثنان لواحد وقبض فهو جائز. وقال أبو يوسف: هما سواء.

قال: وإذا كانت الدار لرجلين فوهب أحدهما حصته لصاحبه ولم يقسمه له، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: الهبة في هذا باطلة ولا تجوز. وبه نأخذ^(٣).

ومن حجته في ذلك أنه قال: لا تجوز الهبة إلا مقسومة معلومة مقبوضة. بلغنا عن أبي بكر رضي الله عنه «أنه نحل^(٤) عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها جذاذ عشرين وسقا^(٥) من نخل له بالعالية^(٦) فلما حضره الموت قال لعائشة: إنك لم تكوني قبضته وإنما هو مال الوارث^(٧).

(١) وهو قول محمد أيضاً. والمسألة في (ص ٥١ ج ١٢) في كتاب الهبة من المبسوط. واستدل فقال: لأنه لا بد من نوع ولاية له ليجعل قبضه بذلك كقبض الموهوب له ولا ولاية له عليهم بعد البلوغ وإن كان يعولهم، ألا ترى أن الغني يعول بعض المساكين فينفق عليهم ثم لو تصدق عليهم لا يتم ذلك إلا بالإعلام ما لم يسلمه إليه؟ وذكرت المسألة في (ص ٦١) أيضاً من هذا المجلد.

(٢) وهو قول محمد أيضاً. والمسألة في (ص ٦٧ ج ١٢) من المبسوط.

(٣) والمسألة متفق عليها وهي في (ص ٦٩ ج ١٢) من المبسوط.

(٤) في المغرب: نحله كذا: أي أعطاه بطيبة من نفسه من غير عوض. ومنه حديث أبي بكر رضي الله عنه أنه نحل عائشة رضي الله عنها الخ والنخل والنحلة: العطية.

(٥) الجذاذ بضم الجيم وبكسرهما وبمعجمتين وبمهملتين: ما قطع من الشيء. قال الزرقاني: هو صفة للشمر من جذ إذا قطع. يعني أن ذلك يجذ منها.

وقال الأصمعي: هذه أرض جاد مائة وسق أي يجذ ذلك منها. فهو صفة النخل التي وهبها لشرتها، يريد نخلاً يجذ منها عشرون وسقا، والوسق ستون صاعاً.

(٦) قال المولى علي القاري: أي بقرية من العوالي حول المدينة.

(٧) قلت: أخرجه الإمام محمد في «الأصل» والإمام مالك في «الموطأ» عن الزهري عن عروة عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: إن أبا بكر كان نحلها جذاذ عشرين وسقا من ماله بالعالية، فلما حضرته الوفاة قال: والله يا بنية ما من الناس أحب إلي غني بعدي منك، ولا أعر علي فقر منك، وإني كنت نحللتك من مالي جذاذ عشرين وسقا، فلو كنت جذذته واحتزته كان لك، فبما اليوم مال وارث، وإنما هم أخواك وأختاك فاقسموه على كتاب الله. قالت: يا أبت والله لو كان كذا وكذا لتركته إنما هي أسماء فمن الأخرى؟ قال: ذو بطن خارجة أراها جارية، فولدت جارية.

فصار بين الورثة لأنها لم تكن قبضته. وكان إبراهيم يقول: لا تجوز الهبة إلا مقبوضة. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: وإذا كانت الدار بين رجلين وهب أحدهما لصاحبه نصيبه فهذا قبض منه للهبة، وهذه معلومة وهذه جائزة. وإذا وهب الرجلان داراً لرجل فقبضها فهو جائز في قول أبي حنيفة رحمته الله، ولا يفسد الهبة أنها كانت لثنين. وبه نأخذ.

قال: وإذا وهب الرجل للرجل الهبة وقبضها داراً أو أرضاً ثم عوضه بعد ذلك منها عوضاً وقبض الواهب، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: ذلك جائز ولا يكون فيه شفعة. وبه نأخذ ^(١). وليس هذا بمنزلة الشراء. وكان ابن أبي ليلى يقول: هذا بمنزلة الشراء ويأخذ الشفيع بالشفعة بقيمة العوض. ولا يستطيع الواهب أن يرجع في الهبة بعد العوض في قولهما جميعاً.

قال: وإذا وهب الرجل للرجل هبة في مرضه فلم يقبضها الموهوبة له حتى مات الواهب، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: الهبة في هذا باطلة لا تجوز. وبه نأخذ. قال: ولا تكون له وصية إلا أن يكون ذلك في ذكر وصيته ^(٢). وكان ابن أبي ليلى يقول: هي جائزة من الثلث. حدثنا الحجاج بن أرطاة عن عطاء بن أبي رباح ^(٣) عن ابن عباس رضي الله

كذلك أخرجه الطحاوي، وقال فيه: بالغابة. وأخرجه عن حفص بن غياث عن الأعمش عن شقيق عن مسروق: كان أبو بكر الصديق قد أعطى عائشة نحلة، فلما مرض قال لها: اجعليه في الميراث. وأخرجه البيهقي من طريق مالك ويونس بن يزيد بسند الموطأ والطحاوي ولفظهما، ومن طريق عبد الله بن عمر عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه عن عائشة، ومن طريق حنظلة بن أبي سفيان عن القاسم عن عائشة رضي الله عنها. *

(١) وهو قول محمد أيضاً. والمسألة في باب الشفعة في الهبة من المجلد (١٤) من المبسوط.

(٢) والمسألة متفق عليها عند أصحابنا وهي في ص ١٠٢ من المجلد ١٢ من المبسوط.

(٣) عطاء بن أبي رباح القرشي مولاهم الجندي اليماني نزيل مكة، أحد الفقهاء والأئمة. روى عن عثمان وعتاب بن أسيد مرسلًا، وعن أسامة وعائشة وأبي هريرة وأم سلمة وعروة وطائفة. وعنه أيوب وحبيب وجعفر بن محمد وجريير وابن جريج. كان ثقة. عالماً، كثير الحديث، انتهت إليه الفتوى بسكة. وهو من رواة الستة. مات سنة ١١٤.

* رواه الطحاوي في شرح معاني الآثار (٨٨/٤)، ومختصر اختلاف العلماء (٢٩٢/٤)، ٤٥٢، والبيهقي في الكبرى (١٦٩/٦).

عنهما قال: «لا تجوز الصدقة إلا مقبوضة»^(١) حدثنا الأعمش^(٢) عن إبراهيم^(٣) قال: «الصدقة إذا علمت جازت، والمهبة لا تجوز إلا مقبوضة»^(٤). وكان أبو حذيفة يأخذ بقول ابن عباس رضي الله عنهما في الصدقة، وهو قول أبي يوسف^(٥).

(١) قال البيهقي: وروينا عن عثمان وابن عمر وابن عباس أنهم قالوا: لا تجوز الصدقة حتى تقبض. وعن معاذ وشريح أنهما كانا لا يجيزانها حتى تقبض. وأخرج عن يحيى بن يعمر عن أبي موسى عن عمر «الإنحال ميراث ما لم يقبض» وحديث أبي بكر في نحلة التمر يدل على ذلك.

(٢) هو سليمان بن مهران أبو محمد الكاهلي مولاهم الكوفي، أحد الأعلام الحفاظ والقراء. رأى أنسًا، وروى عن ابن أبي أوفى وعكرمة وزيد بن وهب وأبي رائل وإبراهيم النخعي والشمس والشعمي وخلق. وعنه أبو إسحاق والحكم من شيوخه وسليمان التيمي من أفرانه وسفيان وشعبة وزائدة ووكيع وخلق. مات سنة ٤٨ هـ عن أربع وثمانين سنة. قلت: هو من رواة الستة والأثبات الحفاظ العدول.

(٣) إبراهيم بن يزيد بن قيس بن الأسود النخعي أبو عمران الكوفي الفقيه، يرسل كثيرًا، وروى عن علقمة والأسود وهمام بن الحارث وأبي عبيدة بن عبد الله ومسروق وأبي وائل وعائشة أم المؤمنين. وقيل مرسل عنها. وعنه الحكم ومنصور والأعمش وابن عون وزبيد وحصاد وخلق. وروى له الستة. كان لا يتكلم إلا إذا سئل. قال المغيرة: كنا نهابه كما يهاب الأمير، كان يتوفى الشهرة ولا يجلس إلى الأسطوانة قال ابن معين: مراسيل لإبراهيم أحب إلي من مراسيل الشعبي. قال ابن عبد البر: «كل من عرف أنه لا يأخذ إلا عن ثقة فتدليسه ومرسله مقبول، فمراسيل سعيد بن المسيب ومحمد بن سيرين وإبراهيم النخعي عندهم صحاح» وذكر بعد ذلك كلام إبراهيم النخعي الذي خرجه الترمذي في العلل من جامعه وهو أن الأعمش قال: «قلت لإبراهيم النخعي أسند لي عن عبد الله بن مسعود، فقال إبراهيم: إذا حدثك عن رجل عن عبد الله فهو الذي سميت، وإذا قلت قال عبد الله فهو عن غير واحد عن عبد الله. ثم قال ابن عبد البر: إلى هذا نزع من أصحابنا من زعم أن مرسل الإمام (يعني مالكًا) أولى من مسنده لأن في هذا الخير ما يدل على أن مراسيل النخعي أقوى من مسانيد، وهو لعمرى كذلك إلا أن إبراهيم ليس بغير على غيره» نقله ابن رجب في شرح علل الترمذي. قال الشعبي: ما ترك إبراهيم بعده أعلم منه. مات سنة ٩٦ وقيل ٩٥ وولد سنة ٥٠ وقيل ٤٧ هـ.

(٤) وأخرجه في الآثار عن الإمام عن حماد عن إبراهيم وعن الإمام عن الهيثم عن شريح مثله.

باب في الودیعة *

قال أبو يوسف رحمته الله: وإذا استودع الرجل رجلاً ودیعة فقال المستودع: أمرتني أن أدفعها إلى فلان فدفعتها إليه، [وقال رب الودیعة: كذبت لم آمرک] ^(١) قال أبو حنيفة رحمته الله: فالقول ^(٢) قول رب الودیعة، والمستودع ضامن. وهذا تأخذ ^(٣). وكان ابن أبي ليلى يقول: القول قول المستودع ولا ضمان عليه وعليه اليمين.

قال: وإذا استودع الرجل الرجل ودیعة فجاء آخر يدعيها معه، فقال المستودع: لا أدري أيكما استودعني هذه الودیعة؟ وأبی أن يحلف لهما وليس لواحد منهما بينة، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: يعطيهما تلك الودیعة بينهما نصفين ويضمن لهما أخرى مثلها بينهما، لأنه أتلف ما استودع بجهالته ^(٤) ألا ترى أنه لو قال: هذا استودعنيها ثم قال: أخطأت بل هو هذا كان عليه أن يدفع الودیعة إلى الذي أقر له بها أولاً ويضمن للآخر مثل ذلك ^(٥)؟ لأن قوله أتلفه، وكذلك الأول إنما أتلفه هو بجهله. وهذا تأخذ ^(٦). وكان ابن أبي ليلى يقول في الأول: ليس عليه شيء والودیعة والمضاربة بينهما نصفان ^(٧).

قال: وإذا استودع الرجل ودیعة فاستودعها المستودع غيره [في غير عياله] ^(٨) فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: هو ضامن لأنه خالف وهذا تأخذ ^(٩). وكان ابن أبي ليلى يقول: لا ضمان عليه.

(١) زيادة من كتاب الودیعة من «الأصل».

(٢) وفي بعض نسخ «الأصل» في كتاب الودیعة: فإن أبا حنيفة كان يقول القول، والباقي سواء.

(٣) وفي بعض نسخ «الأصل» وبه يأخذ أبو يوسف ومحمد.

(٤) وفي نسخة بجهله.

(٥) وفي نسخة مثلها.

(٦) وفي نسخة «الأصل» وبه أخذ أبو يوسف ومحمد.

(٧) كذا في الأصل. وفي بعض نسخ كتاب الودیعة من «الأصل»: والودیعة بينهما، وهو الصواب، فلعل لفظ المضاربة أدرجه الناسخ سهواً.

(٨) زيادة من «الأصل»

(٩) وفي بعض نسخ كتاب الودیعة: وبه أخذ أبو يوسف ومحمد وزاد بعده: وقال أبو حنيفة: لا يضمن الآخر إن هلك الودیعة عنده. وقال أبو يوسف ومحمد: لرب الودیعة أن يضمن الآخر، فإن ضمنه يرجع على الأول، وإن ضمن الأول لم يرجع على الآخر.

قال: وإذا مات الرجل وعليه دين معروف وقبلة وديعة^(١) بغير عينها، فإن أبا حنيفة عليه السلام كان يقول: جميع ما ترك بين الغرماء وصاحب الوديعة بالخصص. وهذا نأخذ^(٢). وكان ابن أبي ليلى يقول: هو للغرماء وليس لصاحب الوديعة شيء لأن الوديعة شيء مجهول ليس بشيء بعينه^(٣). وقال أبو حنيفة: فإن كانت الوديعة بعينها فهي لصاحب الوديعة إذا علم ذلك، وكذلك قال ابن أبي ليلى. حدثنا أبو حنيفة عن حماد^(٤) عن إبراهيم أنه قال في الرجل يموت وعنده الوديعة وعليه دين: لهن يتحصون الغرماء وأصحاب الوديعة^(٥). حدثنا الحجاج بن أرطاة عن أبي جعفر^(٦)، وعطاء مثل ذلك. حدثنا الحجاج عن الحكم عن إبراهيم مثله.

(١) وفي نسخة «الأصل» وعنده وديعة.

(٢) وبه يأخذ أبو يوسف ومحمد - «الأصل».

(٣) وفي بعض نسخ كتاب الوديعة: لأن الوديعة مجهولة وليست بشيء بعينه.

(٤) هو حماد بن أبي سليمان مسلم الأشعري، أبو إساعيل الكوفي الفقيه، روى عن أنس وأبي وائل وإبراهيم النخعي وخلق. وعنه ابنه إساعيل ومغيرة وأبو حنيفة ومسلم وشعبة، وثقها به. روى له الخمسة، والبخاري علق له قوله، وأخرج عنه في الأدب. وثقه السائي وغيره. مات سنة ١٢٥.

(٥) وأخرجه في الآثار أيضًا [ص ١٦٠] ولفظه أنه قال في المضاربة والوديعة والدين سواء في مال الميت يتحصون جميعًا. وأخرجه الإمام محمد أيضًا في آثاره وزاد في آخره: إذا لم تعرف بأعينها المضاربة والوديعة. قال: وبه نأخذ، وهو قول أبي حنيفة.

(٦) هو محمد بن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب الإمام المشهور بالباقر أبو جعفر الملقب بالملني. روى عن أبيه وأبي سعيد وجابر وابن عمر وطائفة. وعنه جعفر والزهري ومحول بن راشد وخلق. وروى له الستة. قال ابن سعد: ثقة كثير الحديث. توفي سنة ١١٤.

باب في الرهن *

قال أبو يوسف: ولو ارتهن الرجل رهناً فوضعه على يدي عدل برضا صاحبه فهلكت من عند العدل وقيمته والدين سواء، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: الرهن بما فيه وقد بطل الدين. وبه نأخذ^(١). وكان ابن أبي ليلى يقول: الدين على الراهن كما هو والرهن من ماله لأنه لم يكن في يدي المرتهن إنما كان موضوعاً على يدي غيره.

قال: وإذا مات الراهن وعليه دين والرهن على يدي عدل، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: المرتهن أحق بهذا الرهن من الغرماء. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: الرهن بين الغرماء والمرتهن بالخصص على قدر أموالهم^(٢). وإذا كان الرهن في يدي المرتهن فهو أحق به من الغرماء وقولهما جميعاً فيه واحد.

قال: وإذا رهن الرجل الرجل داراً ثم استحق منها شقص وقد قبضها المرتهن، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: الرهن باطل لا يجوز. وهذا نأخذ^(٣) حفظي عنه في كل رهن فاسد وقع فاسداً فصاحب المال أحق به حتى يستوفي ماله يباع لدينه. وكان ابن أبي ليلى يقول: ما بقي من الدار فهو رهن بالحق. وقال أبو حنيفة رحمته الله: وكيف يكون ذلك وإنما كان رهنه نصيباً غير مقسوم؟

قال: وإذا وضع الرجل الرهن على يدي عدل وسلطه على بيعه عند محل الأجل ثم مات الراهن، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: للعدل أن يبيع الرهن، ولو كان موت الراهن يطل بيعه لأبطل الرهن. وبه نأخذ^(٤). وكان ابن أبي ليلى يقول: ليس له أن يبيع وقد بطل الرهن وصار بين الغرماء، وللمسلط أن يبيعه في مرض الراهن ويكون للمرتهن خاصة في قياس قوله.

قال: وإذا ارتهن الرجل داراً ثم أجزها بإذن الراهن، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول:

(١) والمسألة متفق عليها، وهي في كتاب الرهن (ص ٧٧ ج ٢١) من مبسوط السرخسي.

(٢) والمسألة في (ص ٧٨ ج ٢١) من مبسوط السرخسي.

(٣) والمسألة متفق عليها بين أصحابنا وهي في (ص ٧١ ج ٢١) من المبسوط.

(٤) وهو قول محمد أيضاً. والمسألة في ص ٨٠ ج ٢١ من المبسوط.

• انظر: الهداية شرح البداية (٤/١٥٦)، والمبسوط (٢١/٨٩) والدار المختار لابن عابدين (٦/٥٠٢).

قد خرجت من الرهن حين أذن له أن يوجرها وصارت بمنزلة العارية. وبه تأخذ
وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: هي رهن على حالها والغلة للمرتهن قضاء من حقه.

باب الحوالة والكفالة في الدين *

قال أبو يوسف رحمه الله: وإذا كان لرجل على رجل دين فكفل له به عنه رجل، فإن أبا
حنيفة رحمه الله كان يقول: للطالب أن يأخذ أيهما شاء، فإن كانت حوالة لم يكن له أن يأخذ
الذي أحاله لأنه قد أبرأه. وهذا تأخذ ^(١).

وكان ابن أبي ليلى يقول: ليس له أن يأخذ الذي عليه الأصل فيهما جميعاً لأنه
حيث قبل منه الكفيل فقد أبرأه من المال إلا أن يكون المال قد توى قبل الكفيل فيرجع
به على الذي عليه الأصل، وإن كان كل واحد منهما كفيلاً عن صاحبه كان له أن يأخذ
أيهما شاء في قولهما جميعاً.

قال: وإذا أخذ الرجل من الرجل كفيلاً بنفسه ثم أخذ منه بعد ذلك آخر بنفسه،
فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: هما كفيلان جميعاً. وبه تأخذ ^(٢).

وكان ابن أبي ليلى يقول: قد برئ الكفيل الأول حين أخذ الكفيل الآخر ^(٣).

قال: وإذا كفّل الرجل للرجل يدين غير مسمى. فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: هو
له ضامن. وهذا تأخذ.

وكان ابن أبي ليلى يقول: لا يجوز عليه الضمان في ذلك لأنه ضمن شيئاً مجهولاً
غير مسمى، وهو أن يقول الرجل للرجل: أضمن ما قضى لك به القاضي عليه من شيء

(١) وهي متفق عليها بين أصحابنا. وذكرت في باب رهن الحيوان من المبسوط مع اختلاف ابن أبي
ليلى في ص ١٠٨ ج ٢١.

(٢) وهذه المسألة في كتاب الكفالة في (ص ١٢٦ ج ٢٠) باب الكفالة بالأعيان، وهي متفق عليها
بين أصحابنا. وذكرها السرخسي في كتاب اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى من كتابه أيضاً في ج
٣٠ ص ١٤٦.

(٣) وهو قول محمد أيضاً، أفاده سياق قول السرخسي حيث لم يذكر خلافه.

(٤) قال السرخسي في (ص ١٧٠ ج ١٩) من مبسوطه محتجاً لابن أبي ليلى: لأن الطالب يصير
معرضاً عن كفالته حين اشتغل بأخذ كفيل آخر، وهذا فاسد فإنه يأخذ الكفيل الثاني بقصد زيادة
التوثق فلا يصير مبرئاً للكفيل الأول. ولا منافاة بين الكفالتين فالمستحق على كل واحد منهما
الإحضار ولا يبعد أن يكون إحضاره في شيء واحد مستحقاً على شخصين.

* انظر: الجامع الصغير للشيخ (ص ٣٧٨)، والمبسوط (٥٢/٢٠).

وما كان لك عليه من حق وما شهد لك به الشهود، وما أشبه هذا، فهو مجهول^(١).
قال: وإذا ضمن الرجل دين ميت بعد موته وسماه ولم يترك الميت وفاء ولا شيئاً ولا قليلاً ولا كثيراً، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: لا ضمان على الكفيل لأن الدين قد توى. وكان ابن أبي ليلى يقول: الكفيل ضامن. وبه نأخذ^(٢). وقال أبو حنيفة رحمته الله: إن ترك شيئاً ضمن الكفيل بقدر ما ترك، وإن كان ترك وفاء فهو ضامن لجميع ما تكفل به.
قال: وإذا كفّل العبد المأذون له في التجارة، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: كفالته باطلة لأنها معروف وليس يجوز له المعروف. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: كفالته جائزة لأنها من التجارة^(٣). وإذا أفلس المحتال عليه، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: لا يرجع على الذي أحاله حتى يموت المحتال عليه ولا يترك مالا^(٤). وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: له أن يرجع إذا أفلس. وهذا نأخذ^(٥).

(١) قال السرخسي: ولكننا نقول: الجهالة لا تمنع صحة الالتزام ولكنها جهالة تفضي إلى المنازعة وهذه الجهالة لا تفضي إلى تمكن المنازعة، فإن الطالب لا يطالب الكفيل إلا بما ثبت له على الأصل، ولا تتمكن المنازعة بعد ما ثبت له الحق على الأصل بالحجة أو بعد ما قضى القاضي به عليه. ثم الالتزام بالكفالة بمنزلة الالتزام بالإقرار فإنه ليس بمقابلة عوض يجب للكفيل على الطالب، وجهالة المقر به لا تمنع صحة الإقرار فكذلك جهالة المكفول به.

(٢) قال السرخسي في (ص ١٤٧ ج ٣٠) ثم ذكر مسألة الكفالة عن الميت المفلس وبيننا أن قول ابن أبي ليلى فيه كقول أبي يوسف ومحمد رحمهم الله تعالى.

(٣) قال السرخسي: ولكننا نقول: لا تصح كفالة المأذون في حالة رقه لأن الحاجز وهو الرق قائم وإنما انفك الحجر عنه بالإذن فيما هو تجارة أو من توابع التجارة والكفالة ليست بهذه الصفة فإن التجار يتحرزون عن الكفالة غاية التحرز. لهذا قيل: «الكفالة أولها ملامة، وأوسطها ندامة، وآخرها غرامة» فبقي محجوراً عنه على ما كان قبل الإذن، ثم الكفالة بمنزلة الإقراض فإنه تبرع في الالتزام وإن كان عند الأداء يرجع كما أن المقرض تبرع بأداء المال وإن كان له حق الرجوع في المال، والعبد المأذون لا يملك الإقراض في حق مولاه فكذلك الكفالة.

(٤) قال السرخسي في (ص ٤٧ ج ٢٠) من مبسوطه: وحجتنا في ذلك حديث عثمان رضي الله عنه موقوفاً ومرفوعاً في المحتال عليه يموت مفلساً قال: يعود الدين إلى ذمة المحيل، لا توى على مال امرئ مسلم. والمعنى فيه أن هذه براءة بالنقل فإذا لم يسلم له حقه من المحيل الذي انتقل إليه يعود حقه إلى المحيل الذي انتقل حقه عنه، كما لو اشترى بالدين شيئاً أو صالح من الدين على عين.

(٥) قال في المبسوط (ص ٤٧ ج ٢٠): وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يقول بأن الحوالة تبرئ المحيل براءة مطلقة فلا يعود المال إليه بحال. وقال في ص ١٤٨ ج ٣٠: وهو بناء على ما سبق أن عند ابن أبي ليلى التفليس والحجر يتحقق وقوله فيه كقولهما أو أبلغ منه، لأن عنده بعد التفليس والحبس لا ينفذ عتق المديون في عبده فتتحقق التوى بالتفليس على قوله. وإذا توى السال على المحتال عليه كان للطالب أن يرجع على المحيل لقوله عليه السلام «لا توى على مال امرئ»

قال: وإذا وكل الرجل رجلا في شيء فأراد الوكيل أن يوكل بذلك غيره، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: ليس له ذلك إلا أن يكون صاحبه أمره أن يوكل بذلك غيره. وبه نأخذ ^(١). وكان ابن أبي ليلى يقول: له أن يوكل غيره إذا أراد أن يغيب أو مرض، فأما إذا كان صحيحاً حاضراً فلا. قال أبو حنيفة: وكيف يكون له أن يوكل غيره ولم يرض صاحبه بخصومة غيره وإشأ رضي بخصومته؟!

قال: وإذا وكل رجل رجلا بخصومة وأثبت الوكالة عند القاضي ثم أقر على صاحبه الذي وكله أن تلك الخصومة حق لصاحبه الذي بخاصمه أقر به عند القاضي، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: إقراره جائز. قال محمد: وبه نأخذ. وإن أقر عند غير القاضي وشهد عليه الشهود، فإقراره باطل ويخرج من الخصومة. وقال أبو يوسف: إقراره عند القاضي وعند غيره جائز عليه ^(٢). وكان ابن أبي ليلى يقول: إقراره باطل.

قال: وإذا وكل رجل رجلا في قصاص أو حد، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: لا تقبل في ذلك وكالة ^(٣). وبه نأخذ. وروى أبو يوسف أن أبا حنيفة قال: أقبل من الوكيل البينة في الدعوى في الحد والقصاص ولا أقيم الحد ولا القصاص حتى يحضر المدعي. وقال أبو يوسف: لا أقبل البينة إلا من المدعي ولا أقبل في ذلك وكيلاً. وكان ابن أبي ليلى يقول: تقبل في ذلك الوكالة.

قال: وإذا كانت في يدي رجل دار فادعأها رجل فقال الذي هي في يديه وكلني بها فلان لرجل غائب أقوم له عليها، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: لا أصدقه إلا أن يأتي على

مسلم» فأما على قول أبي حنيفة التوى لا يتحقق لأن التوى أن يهلك عين الشيء أو محله الذي كان قائماً به، والدين لا يتصور هلاكه حقيقة ومحله قائم بعد الإفلاس ببقاء الذمة محلاً صالحاً لالتزام الحقوق، وإنما يتأخر الاستيفاء بالإفلاس وهذا تأخير يزول ساعة فساعة لأن المال غاد، ورائع، بخلاف ما إذا مات فإن محل الدين خرج من أن يكون صالحاً لالتزام الحقوق، وإنما يتأخر الاستيفاء في أحكام الدنيا، بخلاف ما لو جحد وحلف، لأن الدين هناك صار تأويلاً حكماً حتى انقطع طريق الوصول إليه عن بينة أو إقرار الخصم.

(١) وهو قول محمد أيضاً - أناده السرخسي.

(٢) وهذا قوله الأول ثم رجع فقال: يصح إقراره في مجلس القاضي، وفي غير مجلس القاضي إقراره باطل. والمسألة في (ص ٤ ج ١٩) من المبسوط.

(٣) قال في المبسوط (ص ٩ ج ١٩): والمراد التوكيل باستيفاء الحدود والقصاص فإن التوكيل باستيفاء الحدود باطل بالاتفاق.

ذلك بينة وأجعله خصمًا. وبه نأخذ^(١).
وقال أبو يوسف رحمه الله بعد: إن كان متهمًا أيضًا لم أقبل منه بينة وجعلته خصمًا
إلا أن يأتي بشهود أعرفهم.
وكان ابن أبي ليلى يقول: أقبل منه وأصدقه ولا نجعل بينهما خصومة. وكان ابن
أبي ليلى بعد ذلك يقول: إذا اتهمته سألته البينة على الوكالة فإن لم يقم البينة جعلته
خصمًا.

قال: وإذا كان للرجل على الرجل مال فجاء رجل فقال: قد وكلني بقبضه منك
فلان، فقال الذي عليه المال: صدقت، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: أجبره على أن
يعطيه إياه، وبه نأخذ^(٢). وكان ابن أبي ليلى يقول: لا أجبره على ذلك إلا أن يقيم بينة

(١) وبه قال الإمام محمد أيضًا. والمسألة في كتاب الدعوى (ص ٣٧ ج ١٢) من المبسوط، ولفظه:
ولو ادعى عينا في يد رجل أنه له وقال الذي هو بي يديه: أودعني فلان أو أعارني أو وكلني
بحفظه، لم يخرج من خصومة المدعي إلا أن يقيم البينة على ما قال عندنا، قال: ولنا أن هذه
البينة تثبت أمرين: أحدهما الملك للغائب والحاضر ليس يخصص فيه.
والثاني دفع خصومة المدعي عنه وهو خصم في ذلك فكانت مقبولة فيما رجدت فيكون خصمًا
فيه إلخ.

قال: وعن أبي يوسف إن كان ذو اليد رجلا معروفاً بالحيل لم تندفع الخصومة عنه بإقامة البينة،
وإن كان صالحاً تندفع الخصومة عنه. رجع إلى هذا حين ابتلي بالقضاء وعرف أحوال الناس
فقال: قد يحتال المحتال ويدفع ماله إلى من يريد شراء، ويأمر من يودعه علانية حتى إذا ادعاه
إنسان يقيم البينة على أنه مودع ليدفع الخصومة عن نفسه، ومقصوده من ذلك الإضرار بالمدعي
ليتعذر عليه إثبات حقه بالبينة فلا تندفع الخصومة عنه إذا كان متهمًا بمثل هذه الحيلة، قال
السرخسي: فإن شهد شهود ذي اليد أنه أودعه رجل لا يعرفه لم تندفع الخصومة عنه، فلعل ذلك
الرجل هو الذي حضر ينازعه، وليس في هذه الشهادة ما يوجب دفع الخصومة إلخ. قال: وإن
قال الشهود: أودعه رجل نعرفه بوجهه إذا رأيناه ولا نعرفه باسمه ونسبه، فعلى قول محمد لا
تندفع الخصومة عنه، وعند أبي حنيفة تندفع الخصومة عنه - ذكره في الجامع ثم ذكر حجتهما.
فإن شئت زيادة فراجع.

(٢) قال في المبسوط (ص ٨٦ ج ١٩) باب الوكالة في الدين: وإن أقر بالوكالة ثم أراد أن لا يدفع
المال إليه، فإن القاضي يقضي عليه بالمال للوكيل على ما بينا أن المدين يقضي الدين بملك
نفسه، وهو إنشاؤه بثبوت حق القبض له في ملكه وذلك جحد عليه إلا على قول ابن أبي ليلى
رحمه الله فإنه يقول لا يجبره القاضي على الدفع إليه ولكن يقول له: أنت أعلم إن شئت فأعطه
وإن شئت فاتركه، لأنه لم يثبت كونه نائباً عن الطالب في حق القاضي، وولاية الإيجاب بعد ثبوت
كونه نائباً عنده، ولكننا نقول: قد ثبت ذلك بخبر الوكيل وتصديق المطلوب إذ ليس هناك
مكذب لهما، وكل خبر عند القاضي محمول على الصدق ما لم يأت له معارض، ولكن إذا حصر

عليه وأقول: أنت أعلم فإن شئت فأعطه وإن شئت فاتركه.

قال: وإذا وكل الرجل رجلاً في شيء، فإن أبا حنيفة رضي الله تعالى عنه كان يقول: لا تثبت وكالته إلا أن يأتي معه خصم. وبه نأخذ^(١). وكان ابن أبي ليلى يقول: تقبل بينته على الوكالة وثبتها له وليس معه خصم. وقد كان أبو يوسف رحمه الله إذا جاءه رجل قد عرفه يريد أن يغيب فقال: هذا وكيل في كل حق لي يخاصم فيه، قبل ذلك وأثبت وكالته، وإذا تغيب الخصم وكل له وكيلًا وقضى عليه.

قال: وإذا وكل رجل رجلاً بكل قليل وكثير، فإن أبا حنيفة رضي الله عنه كان يقول: لا يجوز بيعه لأنه لم يوكله بالبيع إلا أن يقول: ما صنعت من شيء فهو جائز. وبه نأخذ^(٢). وكان ابن أبي ليلى يقول: إذا وكله في كل قليل وكثير فباع داراً أو غير ذلك كان جائزاً قال: وإذا وكلت المرأة وكيلًا بالخصومة وهي حاضرة، فإن أبا حنيفة رضي الله عنه كان يقول: لا أقبل إلا أن يرضى الخصم. وكان ابن أبي ليلى يقول: تقبل ذلك ونجيزه. وبه نأخذ^(٣).

الطالب وأنكر الوكالة رجع على الغريم بماله إلخ. وإن أنكر المطلوب الوكالة فقال الوكيل استحلّفه أنه ما وكلني ليستحلّفه على ذلك فإن حلف برئ وإن نكل عن اليمين فضيت عليه بالمال للوكيل إلخ. ثم ذكر عن الخصاص قال: لا يحلف المطلوب على الوكالة في قول أبي حنيفة، وفي قولهما يحلف على العلم، ثم ذكر دليله ودليلهما.

(١) وهي في (ص ١٠ ج ١٩) من المبسوط.

(٢) والمسألة متفق عليها بين أصحابنا وهي في باب الوكالة في الدين ص ٧٠ ج ١٩ قال: وإذا وكله في كل قليل وكثير هو له فهو وكيل بالحفظ وليس بوكيل في تفاض ولا شراء ولا بيع إلا في قول ابن أبي ليلى رحمه الله فإنه يقول: ظاهر لفظه يتضمن ذلك، فإنه من القليل والكثير الذي له أن يباشره بولايته في ماله. ولكننا نقول: قد عرفنا يقيناً أنه لم يرد بهذا اللفظ جميع ما له أن يفعله، وإنما ثبت بهذا اللفظ القدر المتيقن والمتيقن به هو الحفظ فلا يملك إلا ذلك بمنزلة قوله وكلتك بمالي.

(٣) قال في المبسوط ص ٧ ج ١٩: وكان أبو يوسف رحمه الله يقول أولاً: للمرأة أن توكل بذلك، بكرة كانت أو ثيباً، إذا لم يكن مروعة. وفي قوله الآخر وهو قول محمد: الرجل وامرأة سواء في ذلك لهم التوكيل بغير رضا الخصم إلخ.

باب في الدين *

قال أبو يوسف رحمه الله: وإذا كان على الرجل دين وكان عنده وديعة غير معلومة بعينها، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: ما ترك الرجل فهو بين الغرماء وأصحاب الوديعة بالحصص، وبه نأخذ^(١). وكان ابن أبي ليلى يقول: ليس لصاحب الوديعة شيء إلا أن يعرف وديعته بعينها، فتكون له خاصة. وقال أبو حنيفة رحمته الله: هي دين في ماله ما لم يقل قبل الموت: قد هلك، ألا ترى أنه لم يعلم لها سبيلاً ذهبت فيه؟ وكذلك كل مال أصله أمانة. وبه نأخذ.

قال: وإذا أقر الرجل في مرضه الذي مات فيه بدين وعليه دين بشهود في صحته وليس له وفاء، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: يبدأ بالدين المعروف الذي في صحته، فإن فضل عنهم شيء كان للذين أقر لهم في المرض بالحصص، ألا ترى أنه حين مرض أنه ليس يملك من ماله شيئاً، ولا تجوز وصيته فيه لما عليه من الدين؟ فكذلك إقراره له. وبه نأخذ^(٢). وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: هو مصدق فيما أقر به، والذي أقر له في الصحة والمرض سواء.

(١) وفي مبسوط السرخسي في كتاب الوديعة (ص ١٢٩ ج ١١): «وإن مات الرجل وعليه دين وعنده وديعة ومضاربة وبضاعة فإن عرفت بأعيانها فأربابها أحق بها من الغرماء» لأن حق الغرماء بعد موت المديون يتعلق بماله دون مال سائر الناس. وكما كانوا أحق بها في حياة المديون فكذلك بعد موته «وإن لم تعرف بأعيانها قسم المال بالحصص، وأصحاب الوديعة والمضاربة والبضاعة بمنزلة الغرماء عندنا» وعلى قول ابن أبي ليلى الغرماء أحق بجميع التركة. وأصل المسألة أن الأمين إذا مات بمجهلاً للأمانة فالأمانة تصير ديناً في تركته عندنا، لأنه بالتجهيل صار متملكاً، فإن اليد المجهولة عند الموت تقلب يد ملك إلخ.

(٢) قلت: المسألة في (ص ٢٦ ج ١٨) باب الإقرار في المرض من المبسوط قال: ولو كان عليه دين في الصحة وأقر في مرضه بدين أو وديعة كان دين الصحة مقدماً على ما أقر به في المرض عندنا. وقال ابن أبي ليلى رحمه الله: ما أقر به في الصحة والمرض فهو سواء. ثم ذكر حجج كليهما وبسط ورجح دليل الإمام ثم قال «ولو استقرض في مرضه مالا أو اشترى شيئاً وعاین الشهود قبضه ذلك فهذا يحاص غرماء الصحة لأنه لا تمكن التهمة فيما يثبت بمعاينة الشهود. وليس فيه إبطال حق الغرماء عن شيء بل فيه تحويل حقهم من محل إلى محل يعد له فظهر هذا السبب في حقهم وكان صاحبه مزاحماً لهم في الشركة، ولو لم تكن التركة إلا عين المال الذي أخذه قرضاً أو بيعاً فهو كذلك» لأنه بالقبض تم ملكه فكان من حملة تركته عند موته يتعلق به حق جميع غرمائه إلخ.

* انظر: الحجة (٢٥/٣)، والمبسوط (ص ٤٨/٢٥).

قال: وإذا استدان المرأة وزوجها غائب، فإن أبا حنيفة عليه السلام كان يقول: أفرض لها على زوجها نفقة مثلها في غيبته. ثم رجع عن ذلك فقال: لا شيء لها وهي منطوعة فيما انفقت والدين عليها خاصة ^(١). وكان ابن أبي ليلى لا يفرض لها نفقة إلا فيما يستقبل. وكذلك بلغنا عن شريح ^(٢) ومهذا نأخذ.

قال: وإذا كان لرجل على رجل مال وله عليه مثله، فإن أبا حنيفة عليه السلام كان يقول: هو قصاص. وبه نأخذ ^(٣). وكان ابن أبي ليلى يقول: لا يكون قصاصاً إلا أن يراضيا به. فإن كان لأحدهما على صاحبه مال مخالف لذلك لم يكن ذلك قصاصاً في قولهما جميعاً.

قال وإذا أقر وارث بدين وفي نصيبه وفاء بذلك الدين، فإن أبا حنيفة عليه السلام كان يقول: يستوفي الغريم من ذلك الوارث المقر جميع ماله من نصيبه، لأنه لا ميراث له حتى يقضي الدين. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: إنما يدخل عليه من الدين بقدر نصيبه من الميراث، فإن كان هو وأخ له دخل عليه النصف، وإن كانوا ثلاثة دخل عليه الثلث، والشاهد عنده منهم وحده بمنزلة المقر، وإن كانا اثنين جازت شهادتهما في جميع الميراث في قولهما جميعاً إذا كانا عدلين، فإن لم يكونا عدلين كان ذلك في أنصبيهما على ما نسرنا من قول أبي حنيفة وابن أبي ليلى.

(١) قال في المبسوط (ص ١٨٤ ج ٥): «وكذلك لو استدان عليه قبل قضاء القاضي أو الفراضي» لأنه ليس لها عليه ولاية الاستدانة وإنما ولايتها على نفسها فما استدان يكون في ذمتها، وإنفاقها مما استدان كإنفاقها من سائر أملاكها «فلا ترجع بشيء من ذلك على الزوج إلا أن يكون القاضي فرض لها عليه نفقة كل شهر أو صالحته على نفقة كل شهر ثم غاب أو حبس للنفقة فاستدان عليه أولم تستدن أحذته بنفقة ما مضى» لأن حقها تأكد بقضاء القاضي أو بالصلح عن تراض، فإن ولايته على نفسه في الالتزام فوق ولاية القاضي في الإلزام. وذكر عن شريح قال: «أيما امرأة استدان على زوجها وهو غائب فإنما استدان على نفسها» وإنما أراد به إذا لم يفرض القاضي لها النفقة أو فرض لها ولم يأمرها بالاستدانة على زوجها فأما إذا أمرها بالاستدانة عليه فذلك على الزوج، لأن للقاضي عليه ولاية، فأمرها بالاستدانة عليه كأمير الزوج بنفسه، قال «وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: لا أجيز القرض عليه إذا كان غائباً» لأن القرض عليه إذا كان غائباً إلزام وليس للقاضي ولاية الإلزام على الغائب.

(٢) قلت: أخرجه الإمام محمد في «الأصل» في النفقات كما ذكر فوق. وأخرجه في كتاب الحجة على أهل المدينة عن أبي كدينة يحيى بن المهلب عن مطرف بن طريف عن عامر الشعبي عن شريح أنه قال: إذا ادانت المرأة على زوجها لم يؤخذ به. ثم قال عامر: أرأيت لو مات على من هو عليها حياً وميتاً؟ وأخرجه عن سفيان الثوري عن معن عن الشعبي قال: قال شريح ليس عليه شيء إلا أن يكون أمرها «يعني المرأة إذا أنفقت وزوجها غائب» بدين أو أنفقت من مالها. (ص ٣٤٦).

(٣) وهو قول محمد أيضاً - أفاده في المختصر الكافي.

قال: وإذا كتب الرجل بقرض في ذكر حق ثم أقام بينة أن أصله كان مضاربة، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: آخذه به وإقراره على نفسه بالقرض أصدق من دعواه. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: أبطله عنه وأجعله عليه مضاربة وهو فيه أمين. وإذا أقام الرجل على الرجل البينة بمال في ذكر حق من شيء جائز فأقام الذي عليه الدين البينة أنه من ربا، وأنه قد أقر أنه قد كتب ذكر حق من شيء جائز، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: لا أقبل منه المخرج ويلزمه المال بإقراره أنه شن شيء جائز. وبه نأخذ^(١). وكان ابن أبي ليلى يقبل منه البينة على ذلك ويرده إلى رأس المال.

قال: وإذا أقر الرجل بمال في ذكر حق من بيع^(٢) ثم قال بعد ذلك: لم أقبض المبيع ولم تشهد عليه بينة بقبضه، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: المال له لازم ولا ألثفت إلى قوله^(٣). وكان ابن أبي ليلى يقول: لا يلزمه شيء من المال حتى يأتي الطالب بالبينة أنه قد قبض المتاع الذي به عليه ذكر الحق. وقال أبو يوسف رحمه الله: أسأل الذي له الحق أبعث هذا؟ فإن قال: نعم. قلت: فأقم البينة على أنك قد قبضته متاعه، فإن قال الطالب: لم أبعه شيئا لزمه المال.

قال: وإذا ادعى الرجل على الرجل ألف درهم وجاء عليه بالبينة فشهد أحد شاهديه بالألف وشهد الآخر بألفين، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: لا شهادة لهما لأنهما قد اختلفا. وكان ابن أبي ليلى يجيز من ذلك ألف درهم ويقضي بها للطالب. وبه نأخذ^(٤). ولو شهد

(١) وهو قول أصحابنا جميعا. قال السرخسي: واستحسن ابن أبي ليلى في الفصلين جميعا، لأنه وجد في ذلك عرفا ظاهرا بين الناس أنهم يكتبون القرض للاحتياط، وإن كانوا دفعوا المال مضاربة، ويقرون بشن المتاع وإن كان أصل المعاملة قرضا وزيادة ربا شرط عليه. فللعرف الظاهر قال: تقبل بينته على ذلك، ولكن هذا ليس بقوي، فهذا العرف يدل على شهادة الظاهر له وذلك دليل قبول قوله مع يمينه لا دليل قبول بينته، وبالاتفاق لا يقبل قوله مع يمينه لما سبق من الإقرار فكذلك لا تقبل بينته.

(٢) وفي المبسوط بمال في صك حق من شن بيع.

(٣) قال السرخسي: فقد بينا هذه المسألة في كتاب البيوع أن على قول أبي حنيفة ومحمد لا يصدق وصل أم فصل، وفي قول أبي يوسف الأول إن وصل صدق، وإن فصل لا يصدق. ثم رجع فقال: إذا فصل يسأل المقر له عن سبب وجوب المال، فإن أقر أنه من شن بيع فالقول قول المقر إن لم أقبض المبيع، وهو قول محمد.

(٤) كذا في الأصل ولعل الصواب فرض المسألة في دعوى الألفين، لأن مسألة دعوى الألف متفق عليها بين الإمام وصاحبيه.

قال في البدائع (ص ٢٧٨ ج ٦): إذا ادعى رجل على رجل ألفي درهم وأقام شاهدين شهد أحدهما بألفين والآخر بألف لا تقبل عند أبي حنيفة رحمه الله أصلا، وعندهما تقبل على الألف.

أحدهما بألف وشهد الآخر بألف وخسمائة كانت شهادة الألف جائزة في قولهما جميعاً. وإنما أجاز هذا أبو حنيفة لأنه كان يقول: قد سمي الشاهدان جميعاً ألفاً وقال الآخر: خسمائة فصارت هذه مفصلة من الألف.

قال: وإذا شهد الرجل على شهادة رجل وشهد آخر على شهادة نفسه في دين أو شراء أو بيع، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: لا تجوز شهادة شاهد على شهادة شاهد ولا يقبل عليه إلا شاهدان. وكذلك بلغنا عن علي بن أبي طالب رحمته الله ^(١) وبه نأخذ ^(٢). وكان ابن أبي ليلى يقول: أقبل شهادة شاهد على شهادة شاهد. وكذلك بلغنا عن شريح ^(٣)

ولو كان المدعي يدعي ألفاً وخسمائة نشهد أحدهما بألف وخسمائة والآخر بألف نقبل على الألف بالإجماع. ثم ذكر دلائل القولين كليهما إلى أن قال: ولو ادعى ألفاً نشهد أحدهما بالألف والآخر بألفين لا نقبل على الألف بالإجماع، لأن المدعي كذب أحد شاهديه في بعض ما شهد به فأوجب ذلك نهمه في الباقي فلا نقبل إلا إذا وفق فقال: كان لي عليه ألفان إلا أنه قد قضاني ألفاً ولم يعلم به الشاهد فيقبل. وكذا لو ادعى ألفاً فنشهد أحدهما بها والآخر بألف وخسمائة لا نقبل لما قلنا إلا إذا وفق فقال: كان لي عليه ألف وخسمائة إلا أنه قضاني خسمائة ولم يعلم بها الشاهد فنقبل، لأنه إذ وفق فقد زال الاختلاف المانع من القول.

وفي المبسوط (ص ١٧٥ ج ١٦): فإن كان المدعي يدعي ألفاً فقد أكذب الذي شهد على ألف وخسمائة فلا نقبل شهادتهما له إلا أن يوفق فيقول: كان أصل حقي ألفاً وخسمائة لكن استوفيت خسمائة أو أبرأته منها ولم يعلم به هذا الشاهد فحينئذ نقبل شهادتهما على الألف، لأنه وفق بتوفيق صحيح محتمل. قلت: فلعل قوله «وبه نأخذ» أدرجه الناسخ هنا سهواً منه ومحلّه بعد قوله «لأنهما قد اختلفا» أو زيادته من سهو الناسخ، والله أعلم.

(١) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه [٣٣٩/٨] عن علي رحمته الله ولفظه: «لا يجوز على شهادة الميت إلا رجلاً» وروى ابن أبي شيبة [٥٥٤/٤] عن الشعبي أنه قال: «لا تجوز شهادة الشاهد على الشاهد حتى يكونا اثنين».*

(٢) ذكرت هذه المسألة في ضمن الاحتجاج في (ص ١٣٨ ج ١٦) من المبسوط لي شرح قول الحاكم: «وإن شهد رجلاً على شهادة رجلين جاز عندنا» إلخ وهو قوله: «وليس هذا كما لو شهد أحدهما على شهادة نفسه لأن الشاهد على شهادة نفسه لا يصلح أن يكون شاهد الفرع في تلك الحادثة» إلخ. ولم أجد ذكرها مستقلاً كما ذكر ههنا، والله أعلم.

(٣) هو شريح بن الحارث بن قيس بن الجهم بن معاوية أبو أمية الكندي الكوفي، محضرم، ولي لعمر الكوفة فقضى بها ستين سنة. وكان من جلة العلماء وأدرك العالم. وروى عن علي وابن مسعود، وعنه الشعبي وأبو وائل. روى له النسائي والبخاري في الصحيح وفي الأدب. قال الشعبي: كان أعلم الناس بالقضاء. مات سنة ٨٠ عن ١١٠ سنة، وقيل عن ١٢٠ سنة.

وابراهيم.

قال: وإذا شهد الشهود على دار أنها لفلان مات وتركها ميراثاً بين فلان وفلان، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: إن شهدوا أنهم لا يعلمون له وارثاً غير هؤلاء جازت الشهادة. وبه نأخذ^(١). وكان ابن أبي ليلى يقول: لا تجوز شهادتهم إذا قالوا: لا نعلم له وارثاً غير هؤلاء حتى يثبتوا ذلك فيقولوا: لا وارث له غيرهم، وإذا جاء وارث غيرهم بيّنة أدخله معهم في الميراث. ولم تبطل شهادة الأولين في قولهما.

قال: وإذا شهد الشهود على زنا قديم أو سرقة قديمة، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: يدرأ الحد في ذلك، ويقضى بالمال وينظر في المهر لأنه قد وطئ فإذا لم يقيم الحد بالوطء فلا بد من مهر. وكذلك بلغنا عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: «أيما قوم شهدوا على حد لم يشهدوا عند حضرة ذلك فإنما شهدوا على ضغن^(٢)» فلا شهادة لهم^(٣). وبه نأخذ^(٤). وكان ابن أبي ليلى يقول: أقبل شهادتهم وأمضي الحد. فأما السكران فإن أتى به وهو غير سكران فلا حد عليه^(٥)، وإن كان أخذ وهو سكران فلم يرتفع إلى الوالي حتى ذهب السكر عنه إلا أنه في يدي الشرط أو عامل الوالي فإنه يحد.

قال: وإذا شهد الشهود عند القاضي بشهادة فادعى المشهود عليه أنهم شهدوا بزور وقال: أنا أخرجهم وأقيم البيّنة أنهم استؤجروا وأنهم قوم نساق، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: لا أقبل الجرح على مثل هذا. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقبله. فأما غير

(١) وهذه المسألة في (ص ١٥٢ ج ١٦) قال بعد ما ذكر دليل ابن أبي ليلى ولكننا نقول: قولهم لا وارث له غيره نفى لا طريق لهم إلى معرفة ذلك فلو كلفهم القاضي أن يشهدوا بذلك لكلفهم على ذلك شططاً وحملهم على الكذب، وإليه أشار في الكتاب فقال: من قبل أن هذا عيب يحملهم القاضي عليه، أو قال عنت يحملهم القاضي عليه وهو يعلم أنهم يشهدون بما لا يعلمون، وإن قالوا: لا نعلم له وارثاً غيره فهذا يكفي. وعلى قول ابن أبي ليلى لا يكفي لأن هذا ليس من الشهادة في شيء فإنهم يشهدون بما يعلمون لا بما لا يعلمون. وكما أنهم لا يعلمون ذلك فالقاضي لا يعلم إلخ.

(٢) الضغن: الحقد.

(٣) أخرجه الإمام محمد في كتاب الحدود من «الأصل».

(٤) والمسألة متفق عليها عندنا. أفاده السرخسي وقال: قد بينا المسألة في الحدود.

(٥) واحتج له السرخسي فقال لانعدام العلة الموجبة للحد. قال: ولكننا نقول: الموجب للحد هو الشرب إلى غاية السكر، ولا ينعدم ذلك وإن زال ما به من السكر إلا عند أبي حنيفة وأبي يوسف فإنهما يشترطان بقاء الراحة لإقامة الحد عليه، وعند محمد لا يشترط ذلك. وقد بيناه في الحدود.

ذلك من محدود في قذف أو شريك أو عبد فهما يقبلان في هذا الجرح جميعاً. وحفظي عن أبي يوسف أنه قال بعد: يقبل الجرح إذا شهد من أعرفه وأثق به.

قال: وإذا شهد الوصي للوارث الكبير على الميت بدين أو صدقة في دار أو هبة أو شراء، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: لا يجوز ذلك. وكان ابن أبي ليلى يقول: هو حائز. وبه نأخذ. وإذا شهد الوصي على غير الميت للوارث الكبير بشيء له خاصة فشهادته جائزة في قولهما جميعاً.

قال: وإذا ادعى رجل ديناً على ميت فشهد له شاهدان على حقه وشهد هو وآخر على وصية ودين لرجل^(١) عليه، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: شهادتهم جائزة لأن الغريم يضر نفسه بشهادته. وبه نأخذ^(٢).

وكان ابن أبي ليلى يقول: لا تجوز شهادته. وإذا شهد أصحاب الوصايا بعضهم بعض لم تجز، لأنهم شركاء في الوصية الثلث بينهم. وقال أبو يوسف: أصحاب الوصايا والغرماء سواء، لا تجوز شهادة بعضهم لبعض.

قال: وإذا شهد الرجل لامرأته، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: لا تجوز شهادته لها. وكذلك بلغنا عن شريح^(٣). وهذا نأخذ^(٤). وكان ابن أبي ليلى يقول: شهادته لها جائزة. قال: وإذا شهد الرجل على شهادة وهو صحيح البصر ثم عمي فذهب بصره، فإن

(١) وفي المبسوط لرجل آخر.

(٢) وهو قول أصحابنا كلهم - أفاده السرخسي.

(٣) قلت أخرجته أبو يوسف في آثاره عن الإمام عن الهيثم عن عامر عن شريح «أنه كان لا يجز شهادة الرجل لامرأته. ولا المرأة لزوجها، ولا الشريك لشريكه، ولا السيد لعبده، ولا رجل لأبيه ولا أب لابنه، ولا الأعمى، ولا المحدود في قذف» وأخرجه الحسن بن زياد أيضاً عنه في مسنده، وأخرجه طلحة بن محمد من طريق المقرئ عنه وابن خسرو من طريق ابن زياد والكلاعي عن الرهبي عنه. وأخرجه محمد في آثاره ومبسوطه وليس فيه ذكر الأعمى، وليس في رواية الآثار ذكر السيد، ولا ذكر الأعمى. وأخرجه عبدالرزاق وابن أبي شيبة في مصنفيهما. قلت: قال في تخريج الهداية ويقال: إن الخصاص أخرجه بإسناده مرفوعاً. قلت: وذكره السرخسي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً، وذكر سند حديث خصاف القارئ في شرح المختصر فقال: عن صالح بن زريق عن مروان بن معاوية الفزاري عن يزيد بن زياد الشامي عن الزهري عن عروة عن عائشة عن النبي ﷺ: «لا يجوز شهادة الولد لوالده، ولا المرأة لزوجها، ولا الزوج لامرأته، ولا العبد لسيد، ولا السيد لعبده، ولا الشريك لشريكه، ولا الأخير لمن استأجره».

(٤) قلت: وبه أخذ محمد أيضاً وحثهم في (ص ١٢٣ ج ١٦) من المبسوط ولم يذكر فيه خلاف ابن أبي ليلى.

أبا حنيفة عليه السلام كان يقول: لا تجوز شهادته تلك إذا شهد بها ^(١). بلغنا عن علي بن أبي طالب عليه السلام أنه رد شهادة أعمى شهد عنده ^(٢). وكان ابن أبي ليلى يقول: شهادته جائزة. وبه نأخذ، وإذا كان شيء لا يحتاج أن يقف عليه.

قال: وإذا أقر الرجل بالزنا أربع مرات في مقام واحد عند القاضي، فإن أبا حنيفة عليه السلام كان يقول: هذا عندي بمنزلة مرة واحدة ولا حد عليه في هذا. وبه نأخذ ^(٣). بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أن ماعز بن مالك عليه السلام أتاه فأقر عنده بالزنا فردّه، ثم أتاه الثانية فأقر عنده فردّه، ثم أتاه الثالثة فأقر عنده فردّه، ثم أتاه الرابعة فأقر عنده فسأل قومه: هل تتكبرون من عقله شيئاً؟ قالوا: لا، فأمر به فرجم ^(٤).

وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقيم الحد إذا أقر أربع مرات في مقام واحد. قال: وإذا أقر الرجل بالزنا عند غير قاض أربع مرات، فإن أبا حنيفة عليه السلام كان لا يرى ذلك شيئاً ولا يحده. وبه نأخذ ^(٥). وكان ابن أبي ليلى يقول: إذا قامت عليه الشهود بذلك أحده.

قال: وإذا رجع الرجل عن شهادته بالزنا وقد رجم صاحبه بها، فإن أبا حنيفة عليه السلام كان يقول: يضرب الحد ويغرم ربع الدية. وبه نأخذ ^(٦). وكان ابن أبي ليلى يقول: أقتله،

(١) قلت: وهو قول محمد أيضاً والمسألة ذكرت في كتاب الشهادة (ص ١٣٠ ج ١٦) من مبسوط السرخسي مع خلاف أبي يوسف وحججه وحججهما ولم يذكر قول ابن أبي ليلى.

(٢) قلت: أخرجه محمد في شهادات «الأصل» عنه أنه شهد عنده أعمى فقالت أخت المشهود عليه إنه أعمى فذكر ذلك لعلي عليه السلام فرد شهادته. قال محمد: وبه نأخذ وأخرج عبد الرزاق عن الأسود بن قيس عن أشياخه أن علياً لم يجز شهادة الأعمى في سرقة.

(٣) قلت: المسألة في (ص ٩١ ج ٩) في باب الإقرار بالزنا، وهي متفق عليها بين أصحابنا. واحتج السرخسي لهم بما لا مزيد عليه وجمع اختلاف روايات الحديث الذي ذكره هنا وبين معانيها ووفق بينها فراجعه إن شئت زيادة الإطلاع.

(٤) أخرجه هو في خراجه عن محمد بن عمرو عن أبي سلمة عن أبي هريرة. وأخرجه في آثاره عن الإمام عن علقمة عن ابن بريدة عن أبيه والحرثي عن طريق أبي يوسف وابن المبارك وأسد بن عمرو الحماني والمقرئ وعدة من أصحاب الإمام عنه عن علقمة بن مرثد عن ابن بريدة عن أبيه. وأخرجه أبو داود والنسائي عن أبي هريرة، وروياه، وأحمد في مسنده عن يزيد بن نعيم بن هزال عن أبيه: كان ماعز بن مالك يتيماً في حجر أبي فأصاب جارية - الحديث. (٥) وهو قول محمد أيضاً.

(٦) قلت: ذكرت هذا المسألة في كتاب الحدود (ص ١٠٤ ج ٩) من المبسوط مختصرة قال: «وإن شهد خمسة على رجل بالزنا والإحصان فرجم ثم رجع واحد فلا شيء عليه لبقاء حجة تامة فإن رجع آخر غرماً ربع الدية لأن الباقي على الشهادة من يستحق بشهادته ثلاثة أرباع النفس

فإن رجعوا أربعتهم قتلهم ولا تغرمهم الدية، فإن رجع ثلاثة في قول أبي حنيفة عليه السلام ضربوا الحد وغرم كل واحد منهم ربع الدية.

قال: وإذا شهد الشهود عند القاضي على عبد وحلوه ووصفوه وهو في بلدة أخرى فكتب القاضي شهادتهم على ذلك، فإن أبا حنيفة عليه السلام كان يقول: لا أقبل ذلك ولا أدفع إليه العبد، لأن الحلية قد توافقت الحلية وهو ينتفع بالعبد حتى يأتي به إلى القاضي الذي كتب له، أرأيت لو كانت جارية جميلة والرجل غير أمين أكنت أبعث بها معه؟ وكان ابن أبي ليلى يقول: يختم في عنق العبد ويأخذ من الذي جاء بالكتاب كفيلاً ثم يبعث به إلى القاضي، فإذا جاءه العبد والكتاب الثاني دعا الشهود، فإن شهدوا أنه عبده أبرأ كفيله وفضى بالعبد أنه له وكتب له بذلك كتاباً إلى القاضي الذي أخذ منه الكفيل حتى يبرئ كفيله. وبه نأخذ.

قال: وإذا شهد الرجل من أهل الكوفة شهادة فعدل بمكة وكتب بها قاضي مكة إلى قاضي مصر في مصر غير مصره بالشهادة وزكي هناك وكتب بذلك إلى قاضي الكوفة فشهد قوم من أهل الكوفة أن هذا الشاهد فاسق، فإن أبا حنيفة عليه السلام كان يقول: شهادتهم لا تقبل عليه أنه فاسق. وبه نأخذ^(١) وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: نرد شهادته وبقبل قولهم.

ويحذران جميعاً لأنه لم يبق على الشهادة من تتم به الحجة وقد انفسخت الشهادة في حقهما بالرجوع فعليهما الحد» قلت: ولم يذكر باقي المسألة ولا قول ابن أبي ليلى.

(١) قلت: وهو قول محمد أيضاً. أفاده السرخسي. وقد اختصر المسألة فقال: «إذا شهد قوم من أهل الكوفة أن ذلك الشاهد فاسق، فإن شهادتهم لا تكون مقبولة عندنا. وقال ابن أبي ليلى: تقبل وترد شهادة الشاهد، لأن فسقه لو صار معلوماً للقاضي بخبر المخبر رد شهادته فإذا صار معلوماً له بشهادة الشهود أولى، ولأن الفسق مانع من العمل بشهادته إلخ. وجه قولنا أن المقصود هذه الشهادة النفي لا الإثبات والبيانات للإثبات لا للنفي، وبيان الوصف أن المقصود نفي وجوب العمل بشهادته، وبه فارق الرق وإقامة الحد عليه، لأن تلك البيينة تقوم لإثبات الرق عليه، وإثبات فعل القاضي في إقامة الحد عليه ثم يتضمن ذلك بطلان شهادته حكماً. يوضحه أن صفة الفسق ليست بصفة لازمة، فإن الفاسق إذا تاب لا يبقى فاسقاً، فالشاهد لا يعلم بقاء هذا الوصف فيه عند شهادته حقيقة وإنما يقول ذلك باستصحاب الحال وذلك يطلق له الخبر دود الشهادة فكان مجازاً في هذه الشهادة، بخلاف الرق وإقامة الحد عليه، فإن ذلك صفة لازمة له فيجوز للشاهد أن يشهد على ذلك إذا كان قد علم سببه حقيقة، ولأن الفسق ثبت بأسباب يختلف الناس في بعضها فلعل الشاهد بذلك يعتمد بسبب عنده أن ذلك فسق وعند القاضي ليس بفسق، ولا يجوز له أن يعتمد مجرد شهادته أنه فاسق بخلاف الرق وإقامة الحد عليه».

وقال أبو حنيفة رحمه الله: لا ينبغي للقاضي أن يفعل ذلك، لأنه قد غاب عن الكوفة

سنين فلا يدري ما أحدث ولعله قد تاب.

قال: وإذا شهد شاهدان من اليهود على رجل من النصارى وشهد شاهدان من النصارى على رجل من اليهود، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: ذلك جائز، لأن الكفر كله ملة واحدة. وبه نأخذ ^(١). وكان ابن أبي ليلى لا يجيز ذلك ويقول: لأنهما ملتان مختلفتان. وكان أبو حنيفة يورث اليهودي من النصراني والنصراني من اليهودي ويقول: أهل الكفر بعضهم من بعض وإن اختلفت مللهم. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى لا يورث بعضهم من بعض.

قال: وإذا شهد الشهود عند قاضي الكوفة على عبد وحلوه ووصفوه أنه لرجل، فإن أبا حنيفة رحمه الله قال: لا أكتب له. وقال ابن أبي ليلى: أكتب له شهادتهم إلى قاضي البلد الذي فيه العبد، فيجمع القاضي الذي العبد في بلده بين الذي جاء بالكتاب وبين الذي عنده العبد، فإن كان للذي عنده العبد حجة وإلا بعث بالعبد مع الرجل الذي جاء بالكتاب محتوماً في عنقه وأخذ منه كفيلاً بقيمته ويكتب إلى القاضي بجواب كتابه بذلك، فيجمع قاضي الكوفة بين البينة وبين العبد حتى يشهدوا عليه بعينه ثم يرده مع الذي جاء به

(١) وبه قال محمد. أفاده في المبسوط كتاب الشهادات (ص ١٣٣ ج ١٦) واحتج لهم بحجج كثيرة، منها «ورجم رسول الله ﷺ يهوديين زنيا بشهادة أربعة منهم». وعن أبي موسى رضي الله عنه أن النبي ﷺ أجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض. والسلف مجمعون على هذا، حتى قال يحيى بن أكرم: «تبع أقاويل السلف فلم أجد أحداً منهم لم يجوز شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض إلا أني رأيت لربيعة فيه قولين. والمعنى فيه أن الكافر من أهل الولاية فيكون من أهل الشهادة كالمسلم. وبيان الوصف في قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾ والمراد منه الولاية دون الموالاة، فإنه معطوف على قوله تعالى: ﴿مَا لَكُمْ مِنْ وَلِيٍّ مِنْ شَيْءٍ﴾ والدليل عليه أنها تصح الأنكحة فيما بينهم ولا نكاح إلا بولي» والمسلم إذا خطب إلى كتابي ابنته الصغيرة فزوجها منه جاز النكاح ولأن الكافر من أهل الولاية على نفسه وماله على الإطلاق فيكون من أهل الولاية على غيره عند وجود شرط تعدي ولايته إلى الغير والشهادة نوع ولاية فإذا ثبتت الأهلية للولاية ثبتت الأهلية للشهادة. قال: ولأن الكفر ملة واحدة عندنا.

قال تعالى: ﴿هَٰذَانِ حَصَمَانِ آخِضَمَا فِي رَبِّهِمْ﴾ وقال: ﴿لَكُمْ دِينُكُمْ وَلِيَ دِينِ﴾ فعابد الحجر وعابد الوثن أهل ملة واحدة وإن اختلفت نحلهم، كالمسلمين هم أهل ملة واحدة وإن اختلفت مذاهبهم. قلت: روى ابن ماجه [٧٩٤/٢] عن جابر أن النبي ﷺ أجاز شهادة أهل الكتاب بعضهم على بعض*. فهذا حجة على ابن أبي ليلى.

* قال البوصيري في مصباح الزجاجاة (٥٦/٣): هذا إسناد ضعيف من أجل مجالد بن سعيد، ورواه البيهقي في الكبرى من طريق محمد بن طريف فذكره بإسناده ومنته (١٦٥/١٠).

إلى قاضي البلد الذي كان فيه العبد حتى يجمع بينه وبين خصمه ثم يمضي عليه القضاء ويرأ كفيله. وبه نأخذ^(١).

قال أبو يوسف ما لم تجئ تهمة أو أمر يستريه من الغلام.

وإذا سافر الرجل المسلم فحضره الموت فأشهد على وصيته رجلين من أهل الكتاب، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: لا تجوز شهادتهما. وبه نأخذ^(٢) لقول الله عز وجل: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾. وكان ابن أبي ليلى يقول: ذلك جائز^(٣).

وكان أبو حنيفة رحمه الله لا يرى على شاهد الزور تعزيراً غير أنه يبعث به إلى سوقه إن كان سوقياً، إلى مسجد قومه إن كان من العرب فيقول: القاضي يقرنكم السلام ويقول: إنا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروه الناس. وذكر ذلك^(٤) أبو حنيفة عن

(١) وهذه المسألة مكررة، وقد مرت مثلها قبيل ذلك بتغيير يسير.

(٢) وهو قول محمد أيضاً - أفاده السرخسي.

(٣) قال الإمام السرخسي: وهو قول شريح فإنه كان يقول: لا تقبل شهادة أهل الكتاب على المسلمين في شيء إلا في الوصية، ولا تقبل في الوصية إلا في حالة السفر.

وقد نقل ذلك عن إبراهيم لظاهر قوله تعالى: ﴿أَتَقْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنْكُمْ أَوْ ءَاخِرَانِ مِّنْ غَيْرِكُمْ﴾ يعني من غير أهل دينكم بدليل، قوله تعالى: ﴿يَتَأَيُّمُ الَّذِينَ ءَامَنُوا شَهْدَةُ بَيْنِكُمْ﴾ ولكن نقل عن إبراهيم أنه قال: هذه الآية منسوخة نسخها قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنْكُمْ﴾.

وقد نقل عن عكرمة أن المراد من قوله تعالى: ﴿أَوْ ءَاخِرَانِ مِّنْ غَيْرِكُمْ﴾ أو من غير قبيلتكم، وهذا لأن العداوة بين القبائل في الجاهلية كانت ظاهرة، فبين الله تعالى أنه لا معتبر بها بعد الإسلام، وأن شهادة بعضهم على بعض مقبولة. ألا ترى أن الله تعالى قال: ﴿يَحْسَبُونَهُمَا مِّنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ فَتَقْسِمَانِ بِاللَّهِ﴾ وذلك إنما يكون في حق المسلمين الذين يصلون، وقد صح الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «لا تقبل شهادة أهل ملة على أهل ملة أخرى إلا المسلمين فإن شهادتهم مقبولة على أهل الملل كلها» إلخ*.

(٤) قلت: أخرجه الإمام محمد في آثاره عنه عن الهيثم عن حدثه عن شريح. وروى ابن أبي شيبة من طريق أبي حصين: كان شريح يبعث بشاهد الزور إلى مسجد قومه أو سوقه ويقول: إنا قد زيفنا شهادة هذا. وروى عبدالرزاق عن الثوري عن الجعد بن ذكوان: أتني شريح بشاهد زور فترع عماضته عن رأسه وخفقه بالدرة خفقات وبعث به إلى المسجد يعرفه الناس. قلت: أخرج النيهقي عن علي بن الحسين قال: «كان علي إذا أخذ شاهد زور بعثه إلى عشيرته فقال: إن هذا شاهد زور فاعرفوه ثم خلى سبيله»

* رواه ابن أبي شيبة (٥٣٣/٤)، وعبد الرزاق (١٢٩/٦) والدارقطني (٦٩/٤). وابن الجوزي في التحقيق (٣٩١/٢). وقال الدراقطني: فيه عمر بن راشد ليس بالقوي.

القاسم^(١) عن شريح. وكان ابن أبي ليلى يقول: عليه التعزير ولا يبعث به ويضربه خمسة وسبعين سوطاً. قال أبو يوسف: أعززه ولا أبلغ به أربعين سوطاً، ويطاف به، وقال أبو يوسف: بعد ذلك: أبلغ به خمسة وسبعين سوطاً^(٢).

قال: وإذا اختلف الشاهدان في الموطن الذي شهدا فيه^(٣) فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: لا نعزهما، ويقول: لأنني لا أدري أيهما الصادق من الكاذب إذا كانا شهدا على فعل؟ فإن كانا شهدا على إقرار فإنه كان يقول: لا أدري لعلهما صادقان جميعاً وإن اختلفا في الإقرار. وبه نأخذ^(٤). وكان ابن أبي ليلى يرد الشاهدين وربما ضرهما وعاقبهما. وكذلك لو خالف المدعي الشاهدين في قول أبي حنيفة رحمه الله فشهدا بأكثر مما ادعى، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: لا نضرهما ونتهم المدعي عليهما^(٥). وكان ابن أبي ليلى ربما

(١) كذا في الأصل ولعله تصحيف الهيثم لأن الهيثم محتمل التصحيف إلى القسم على رسم الأقدمين، ولأن محمداً رواه عنه عن الهيثم أو هو قاسم بن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود الهذلي أبو عبد الرحمن قاضي الكوفة، وهو يروي عن أبيه وجابر بن سمرة، وعنه عمرو بن مرة وأبو إسحاق. وروى له الأربعة والبحاري. مات سنة ١١٠ هـ.

(٢) قال السرخسي في شهادات المبسوط ص ١٤٥ ج ١٦: وقال أبو يوسف ومحمد: يعاقبه بالتعزير والحبس على قدر ما يرى حتى يظهر توبته ولا يبلغ بالتعزيرات سبعين سوطاً. وقال أبو يوسف بعد ذلك: يبلغ بالتعزير خمسة وسبعين سوطاً. فهما استدلا بحديث عمر رحمه الله حيث قال في شاهد الزور: يضرب أربعين سوطاً ويسخم وجهه ويطاف به، إلا أن الدليل قد قام على انتساخ حكم التسخيم للوجه، فإن ذلك مثله ونهى رسول الله ﷺ عن المثلة ولو بالكلب العقور، فبقي حكم التعزير إلخ. وأبو حنيفة أخذ بقول شريح فإنه كان قاضياً في زمن عمر وعلي رضي الله عنهما فما اشتهر من قضايا كالمروى عنهما. ثم التشهير لمعنى النظر للمسلمين وذلك في حقهم. فأما التعزير لحق الله تعالى وذلك يسقط بالتوبة، وشاهد الزور من يقر على نفسه بذلك وإقراره على نفسه بذلك دليل توبته، فلماذا لا يعزر ويكتفى بالتشهير. ثم في التشهير نوع تعزير وهو تعزير لائق بجريمته، لأن بالشهادة لا يحصل له سوى ماء الوجه، وبالتشهير يذهب ماء وجهه عند الناس فكان هذا تعزيراً لائقاً بجريمته فيكتفى به، وما نقل عن عمر محمول على معنى السياسة إذا علم الإمام أنه لا ينزجر إلا به، ألا ترى أنه ذكر تسخيم الوجه وذلك بالاتفاق بطريق السياسة إذا علم المصلحة فيه؟ فكذلك التعزير.

(٣) وفي المبسوط: «وإذا اختلف الشاهدان في الموطن التي شهدا فيها على عمل أو غصب لم تقبل شهادتهما ولا يعزران على ذلك عندنا» إلخ.

(٤) استدل لهم في المبسوط فقال: «ولكننا نقول: لا ندرى أيهما الكاذب منهما فضرِب كل واحد منهما عتً ولا بد من تقرر السبب في حقه حتى يجوز الإقدام على ضربه وذلك لا يوجد في حق كل واحد منهما».

(٥) واحتج لهم السرخسي فقال: «ولكننا نقول: لعل المدعي هو الغالط والكاذب والشهود صادقون

قال: وإذا لم يطعن الخصم في الشاهد، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: لا يسأل القاضي عن الشاهد. وكان ابن أبي ليلى يقول: يسأل عنه. وهذا نأخذ^(١). وكان أبو حنيفة رحمته الله لا يجيز شهادة الصبيان بعضهم على بعض. وبه نأخذ^(٢). وكان ابن أبي ليلى يجيز شهادة الصبيان بعضهم على بعض^(٣).

في شهادتهم وبدون السب لا تجب عليهم العقوبة وإن كان لا يعمل بشهادتهم لتكذيب المدعي إياهم».

(١) قال في البسوط: وهو قول أبي يوسف ومحمد لأن السؤال عن الشهود لصيانة قضاة فإنه ممنوع شرعاً من القضاء بشهادة الفاسق. وأبو حنيفة رحمته الله يقول: العدالة ثابتة بظاهر الإسلام كما قال رسول الله ﷺ: «السلمون عدول بعضهم على بعض» فيعتمد القاضي هذا الظاهر ما لم يطعن الخصم فإذا طعن اشتغل بالسؤال، لأن الظاهر من حال الطاعن أنه لا يكذب أيضاً فإنه مسلم. وقد بينا هذه المسألة بفصولها في: «أدب القاضي»

(٢) وهو قول محمد أيضاً - أفاده السرخسي بقوله: «عندنا»

(٣) زاد السرخسي بعده: في الجراحات وتزريق الثياب التي تكون بينهم في الملاعب ما لم يتفرقوا، فإن كانوا تفرقوا لم تجز شهادتهم. ثم قال: ولكننا نقول: المعنى الذي لأجله لا تكون لهم شهادة على البالغين انقطاع الولاية، فإن الصبي ليس من أهل الولاية على أحد. وهذا المعنى موجود في شهادة بعضهم على بعض، والضرورة التي اعتادوها لا تحقق فإننا أمرنا أن نسعهم من الاجتماع للعب فتتلفع هذه الضرورة بمنعنا إياهم عن ذلك.

باب في الأيمان

قال أبو يوسف رحمته الله: وإذا ادعى الرجل على الرجل دعوى وجاء بالينة، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: لا ترى عليه يمينًا مع شهوده. ومن حجته في ذلك أنه قال: بلغنا عن رسول الله ﷺ أنه قال: «اليمين على المدعى عليه والينة على المدعي»^(١)، فلا نجعل على المدعي ما لم يجعل عليه رسول الله ﷺ، لا تحول اليمين عن الموضع الذي وضعها عليه النبي ﷺ. وبه نأخذ^(٢).

وكان ابن أبي ليلى يقول: على المدعي اليمين مع شهوده، وإذا لم يكن له شهود لم يستحلفه وجعل اليمين على المدعى عليه، فإن قال المدعى عليه: أنا أرد اليمين عليه فإنه لا يرد اليمين عليه^(٣) إلا أن يتهمه فيرد اليمين عليه إذا كان كذلك، وهذا في الدين.

قال: وإذا ورث الرجل ميراثًا دارًا أو أرضًا أو غير ذلك فادعى رجل فيها دعوى ولم تكن له بينة فأراد أن يستحلف الذي ذلك في يديه، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: اليمين على علمه أنه لا يعلم لهذا فيه حقًا. وكذلك كان ابن أبي ليلى يقول أيضًا. وإنما جعل أبو حنيفة رحمته الله على هذا اليمين على علمه، لأن الميراث لزمه، إن شاء وإن أبي،

(١) أخرجه طلحة بن محمد من طريق أبي يوسف عن الإمام عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعًا: «الينة على المدعي واليمين على المدعي عليه إذا أنكر». وأخرجه ابن خسر من طريق إسحاق بن خالد وعبد الله بن عبد الرحمن عن الإمام عن حماد عن إبراهيم عن شريح بن الحارث عن عمر بن الخطاب عن النبي ﷺ «أنه قضى بالينة على المدعي واليمين على المدعى عليه إذا أنكر»^{**} وأخرجه الحارثي عن أبي يوسف عن الإمام عن حماد عن الشعبي عن ابن عباس رفعه: «المدعى على أولى باليمين إذا لم تكن بينة»^{***} وحديث ابن عباس متفق عليه. وأخرجه البيهقي بالفاظ مختلفة.

(٢) وبه أخذ محمد أيضًا - أناده السرخسي.

(٣) وعندنا لا يرد اليمين عليه، لأن اليمين لإبقاء ما كان على ما كان لا لإثبات ما لم يكن، وحاجة المدعي إلى إثبات ما لم يكن ثابتًا واليمين لا يصلح حجة في ذلك، ثم هو مخالف للنص، فإن النبي ﷺ قال للمدعي: «ليس لك إلا هذا: شاهدك أو يمينه»^{****} فهو تنصيص على أنه لا يمين في جانب المدعي - السرخسي في المبسوط.

* رواه البخاري (٩٣١/٢)، والترمذي (٦٢٥/٣)، وابن ماجه (٧/٣).

** انظر: المحلى لابن حزم (٧٤/٩) (٦٦/١١).

*** رواه النسائي (٢٤٨/٨).

**** رواه البخاري (٨٨٩/٢)، ومسلم (١٢٣/١).

والبيع لا يلزمه إلا بقبول، وإذا كان الشيء لا يلزمه إلا بفعله وقبول منه مثل اتبع وأهه والصدقة، فاليمين في ذلك أئنة. والميراث لو قال: لا أقبله كان قوله ذلك باطلاً وكان الميراث له لازماً فلذلك كانت اليمين على علمه في الميراث. وبه نأخذ^(١).

وكان ابن أبي ليلى يقول: اليمين عليه على علمه في جميع ما ذكرت لك من بيع وغير ذلك.

وقال وإذا استحلف المدعي المدعى عليه على دعواه فحلفه القاضي على ذلك ثم أتى بالبينة بعد ذلك على تلك الدعوى، فإن أبا حنيفة رحمته كان يقبل منه ذلك، لأنه بلغنا عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وشريح أنهما كانا يقولان: اليمين الفاجرة أحق أن ترد من البينة العادلة^(٢). وبهذا نأخذ^(٣).

وكان ابن أبي ليلى يقول: لا أقبل منه البينة بعد اليمين وبعد فصل القضاء.

(١) وفي المبسوط ص ١٧٣ ج ١٧: «ولو أن رجلاً ورث داراً من أبيه فادعى آخر أنه أخوه لأبيه قد ورث أباه معه هذه الدار وجحد ذو اليد ذلك لم يستحلف على النسب» هنا بالاتفاق. أما عند أبي حنيفة فلا يشكل، وأما عندهما فكل نسب لو أقر به لم يصح يستحلف على ذلك إذا أنكره لما بينا أن النكول عندهما قائم مقام الإقرار، والأخوة لا تثبت بإقراره لو أقر بها فكذلك لا يستحلف عليه بخلاف الأبوة والبنوة «ولكنه يستحلف بالله العظيم ما يعلم له في هذه الدار نصيباً» كما يدعي الإرث من الميت بسبب بينهما والاستحلاف على فعل الغير، لأنه يدعي الإرث من الميت بسبب بينهما والاستحلاف على فعل الغير يكون على العلم لا على البتات. قال في الهادية: «ومن ورث عبداً وادعاه آخر يستحلف على علمه» لأنه لا علم له بما صنع المورث فلا يحلف على البتات «وإن وهب له أو اشتراه يحلف على البتات» لو جرد المطلق لليمين إذ الشراء سبب لثبوت الملك وضماً وكذا الحبة. قال في العناية: «والضابطة في ذلك أن الدعوى إن وقعت على فعل الغير كان الحلف على العلم إذا قال المدعى عليه: لا أعلم لي بذلك. وأما إذا كان له بذلك علم فيحلف على البتات، وإن وقعت على فعل المدعى عليه كان الحلف على البتات».

(٢) قال البيهقي في سننه باب البينة العادلة أحق من اليمين الفاجرة [١٨٢/١٠]: روي ذلك عن عمر بن الخطاب وشريح، ثم روي عن شريك عن عاصم عن ابن سيرين عن شريح قال: «من ادعى قضائي فهو عليه حتى يأتي بالبينة، الحق أحق من قضائي، الحق أحق من بين فاجرة».

(٣) وبه قال محمد. والمسألة في (ص ١١٩ ج ١٦) من المبسوط قال: وبعض القضاة من السلف كانوا لا يسمعون البينة بعد بيمين الخصم، وكانوا يقولون: كما يترجح جانب الصدق في حاب المدعى بالبينة ويتعين ذلك حتى لا ينظر إلى يمين المنكر بعده. فكذلك يتعين الصدق في حاب المدعى عليه إذا حلف فلا يلتفت إلى بينة المدعى بعد ذلك ولنا تأخذ بذلك وإنما نأخذ به بقول عمر رضي الله عنه حيث قال: «اليمين الفاجرة أحق أن ترد من البينة العادلة» ولنا نقول: حين المدعى عليه يتعين معنى الصدق في إنكاره لكن المدعى لا يخاصمه بعد ذلك لأنه لا حجة له فإذا وجد الحجة كان له أن يثبت حقه بها.

باب الوصايا

قال أبو يوسف: وإذا أوصى الرجل بسكنى دار أو بخدمة عبد أو بغلة بستان أو أرض، وذلك ثلثه أو أقل، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: ذلك جائز. وبه نأخذ^(١). وكان ابن أبي ليلى يقول: لا يجوز ذلك، والوقت في ذلك وغير الوقت في قول ابن أبي ليلى سواء.

قال: وإذا أوصى الرجل للرجل بأكثر من ثلثه فأجاز ذلك الورثة في حياته وهم كبار ثم ردوا ذلك بعد موته، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: لا تجوز عليهم تلك الوصية، وهم أن يردوها، لأنهم أجازوا وهم لا يملكون الإجازة ولا يملكون المال. وكذلك بلغنا عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه^(٢) وشريح^(٣). وهذا نأخذ^(٤). وكان ابن أبي ليلى يقول: إجازتهم

(١) وهو قول الإمام محمد أيضاً. أفاده السرخسي والمألة في باب الوصية بالغلة (ص ١٨١ ج ٢٧) من المبوط. واحتج لابن أبي ليلى فقال: «لأن الموصي يملك له بإيجابه وذلك لا يصح منه فيما ليس بمملوك له. والمنفعة والغلة التي تحدث بعد موته ليست بمملوكة له، وإيجابه لا يتناول المنفعة والغلة التي تحدث في حال حياته. فيبطل وصيته بها». قال: ولكننا نقول: المنفعة تحتل التملك بدل وبغير بدل في حال الحياة فيجعل التملك بعد الموت أيضاً، وهذا لأن الموصي تبقى العين على ملكه حتى يجعله مشغولاً بتصرفه موقوفاً على حاجته فإنما يحدث المنفعة على ملكه، فإذا ثبت هذا في المنفعة فكذلك في الغلة. لأنها بدل المنفعة، والوصية بخلاف الميراث فالإرث لا يجري في الخدمة بدون الرقبة، لأن الورثة خلافة. وتفسيره أن يقوم الوارث مقام المورث فيما كان ملكاً للمورث وهذا لا يتصور إلا فيما يبقى وقتين والمنفعة لا تبقى وقتين. فأما الوصية إيجاب ملك بالعقد بمنزلة الإجارة والإعارة فيما أبقي.

(٢) أخرجه الإمام محمد في آثاره عن الإمام عن القاسم بن عبد الرحمن عن أبيه عن ابن مسعود قال محمد: وبه نأخذ، إجازة الورثة قبل الموت ليس بشيء، فإن أجازوه بعد الموت وهي لوأرث أو أكثر من الثلث فذلك جائز، وليس لهم أن يرجعوه، وهو قول أبي حنيفة. وأخرجه ابن خسر عن طريقه عنه. وأخرجه الحسن بن زياد في مسنده عنه عن حماد عن إبراهيم عن ابن مسعود ولفظه أنه قال في الرجل يوصي بأكثر من الثلث فيجيزه الورثة في حياة الموصي فإذا مات الموصي أبوا أن يجيزوا فإن لهم ذلك. وأخرجه ابن خسر عن طريقه عنه. وأخرجه محمد في وصايا «الأصل» عن إبراهيم قوله. وأما قول شريح فلم أجده.

(٣) وبه أخذ الإمام محمد أيضاً. أفاده السرخسي في مبوطه ص ١٥٣ ج ٢٧ قال: لأن حقهم تعلق بماله بعرضه ولكن الشرع جعل الثلث محلاً لوصية الموصي ليتدارك به ما فرط في حياته فما زاد على ذلك إذا أوصى به فقد قصد الإضرار بورثته بإسقاط حقهم به وإيثار الأجنبي على من آثره الشرع وهو الوارث فللوارث أن يرد قصده بأن يأبى الإجازة ولا معتبر بإجازته في حياة الموصي عندنا. وقال ابن أبي ليلى: تصح إجازته في حياته وليس له أن يرجع بعد وفاته، لأنه سقط حقه بالإجازة إلخ. قال «ولكننا نقول: إسقاط الحق قبل وجود السبب لا يجوز ويعتبر المرض بسبب

جائزة عليهم لا يستطيعون أن يرجعوا إلى شيء منها. ولو أجازوها بعد موته ثم أرادوا أن يرجعوا فيها قبل أن تنفذ الوصية لم يكن ذلك لهم وكانت إجازتهم جائزة في هذا الموضع في قولها جميعاً.

قال: وإذا أوصى رجل بثلث ماله لرجل وبماله كله لآخر فرد ذلك الورثة كله إلى الثلث، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: الثلث بينهما نصفان لا يضرب صاحب الجميع بحصة الورثة من المال. وكان ابن أبي ليلى يقول: الثلث بينهما على أربعة أسهم يضرب صاحب المال بثلاثة أسهم ويضرب صاحب الثلث بسهم واحد. وبه تأخذ ^(١).

باب المطاوعة

قال أبو يوسف رحمته الله: وإذا مات الرجل وترك أخاه لأبيه وأمه وجده، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: المال كله للجد وهو بمنزلة الأب في كل ميراثه. وكذلك بلغنا عن أبي بكر الصديق وعن عبد الله بن عباس وعن عائشة أم المؤمنين وعن عبد الله بن الزبير رضي الله عنهم أنهم كانوا يقولون: الجد بمنزلة الأب إذا لم يكن له أب ^(٢). وكان ابن أبي ليلى يقول في الجد بقول علي بن أبي طالب رحمته الله: للأخ النصف وللجد النصف. وكذلك قول زيد بن ثابت وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهما في هذه المنزلة ^(٣).

تعلق حقه بماله بل السبب مرض الموت ومرض الموت ما يتصل به الموت فنقل اتصال الموت لا يكون سبباً، وهذا الاتصال موهوم فيكون هذا إسقاط الحق قبل تقرير السبب إغ وإطال الاحتجاج عليه.

(١) وبه قال محمد. والمسألة في كتاب الوصايا (ص ١٤٨ ج ٢٧) من الميسوط. وكذلك في (ص ١٦٨) واحتج للقولين بحجج كثيرة قوية حسنة، فمن شاء الاطلاع عليها فليراجعها.

(٢) قلت: أما قول أبي بكر فأخرجه الإمام محمد في كتاب الحجة على أهل المدينة عن ابن عباس وأبي موسى الأشعري عنه وعن عطاء والحسن عنه مرسلًا. وأخرجه البخاري عن عكرمة عن ابن عباس عنه، والبيهقي رواه كذلك عنه وعن ابن الزبير عنه، ورواه عن أبي سعيد الخدري وعن عثمان عنه. وأما قول ابن عباس فأخرجه محمد في الحجة والبيهقي في سننه والبخاري ذكره تعليقاً. وأما ابن الزبير فروى البيهقي من طريق أيوب عن ابن أبي مليكة أن أهل الكوفة كتبوا إلى عبد الله بن الزبير يسألونه عن الجد فقال: أما الذي قال رسول الله ﷺ: «لو اتخذ أحد حليلاً لا اتخذته» فإنه أنزله أبا، يعني أبا بكر رحمته الله اهـ. فأنتى بقول أبي بكر رحمته الله. وأما قول أم المؤمنين فلم أجده. قلت: وزاد السرخسي فقال: وهو قول أبي موسى وأبي عمران بن حصين وأبي الدرداء ومعاذ بن جبل رضوان الله عليهم أجمعين. وهو قول شريح وعطاء وعبد الله بن عتبة.

(٣) قول علي وزيد وابن مسعود أخرجه البيهقي. وروى مثله عن عمر وعثمان رضي الله عنهما، وروى البيهقي عن عثمان وعلي رضي الله عنهما مثل قول أبي بكر أيضاً. وكذلك اختلف علي

قال: إذا أقرت الأخت، وهي لأب وأم وقد ورث معها العصة بأخ لأب، فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول: نعطيه نصف ما في يدها، لأنها أقرت أن المال كله بينهما نصفان فما كان في يدها منه فهو بينهما نصفان. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: لا نعطيه مما في يدها شيئاً لأنها أقرت بما في يدي العصة، وهو سواء في الورثة كلهم ما قالاً^(١) جميعاً.

قال: وإذا مات الرجل وترك امرأة وولدها ولم يقر بحبل امرأته ثم جاءت بولد بعد موته وجاءت بامرأة تشهد على الولادة، فإن أبا حنيفة رحمهما كان يقول: لا أقبل هذا ولا أثبت نسبه ولا أورثه بشهادة امرأة. وكان ابن أبي ليلى يقول: أثبت نسبه وأورثه بشهادتها وحدها. وبه نأخذ^(٢).

قال: وإذا كان للرجل عبدان ولدا في ملكه كل واحد منهما من أمته فأقر في صحته أن أحدهما ابنه ثم مات ولم يبين ذلك، فإن أبا حنيفة رحمهما كان يقول: لا يثبت نسب واحد منهما ويعتق من كل واحد منهما نصفه ويسعى في نصف قيمته، وكذلك أمهاتهما. وبه نأخذ^(٣). وكان ابن أبي ليلى يقول: يثبت نسب أحدهما ويرثان ميراث ابن ويسعى كل واحد منهما في نصف قيمته، وكذلك أمهاتهما.

قال: وإذا كانت الدار في يدي رجل فأقام ابن عم له البينة أنها دار جدهما والذي هي في يديه منكر لذلك، فإن أبا حنيفة رحمهما كان يقول: لا أقضي بشهادتهم حتى يشهدوا

ابن مسعود. قلت: ويقول ابن أبي ليلى قال أبو يوسف ومحمد أيضاً في مقاسمة الجد.

(١) كذا في الأصل ولم أجد المسألة بعينها في المبسوط. ونظائرها كثيرة في الرصية والفرائض.

(٢) قال السرخسي: وهو قول أبي يوسف ومحمد، وقد تقدم بيان المسألة في كتاب الطلاق أن عند أبي حنيفة شهادة المرأة الواحدة لا تكون حجة على الولادة في إثبات النسب إلا أن يكون هناك حبل ظاهر أو فراش قائم أو إقرار من الزوج بالحبل، وعند انعدام هذه المعاني لا يثبت النسب إلا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين، وعند أبي يوسف ومحمد شهادة القابلة على الولادة حجة تامة لإثبات النسب بدون هذه الشروط. وقول ابن أبي ليلى كقولهما.

(٣) وبه قال الإمام محمد - أفاده السرخسي، لأن النسب مما لا يحتمل التعليق بالشرط وما لا يحتمل التعليق بالشرط لا يصح إيجابه في المجهول كالنكاح والبيع، وهذا لأن الإيجاب في المجهول بمنزلة التعليق بخطر البيان، والنسب لا يحتمل التعليق بسائر الأخطار فكذلك بخطر البيان بخلاف العتق والطلاق إلا أن إقراره وإن لم يعتبر في حق النسب فإنه يكون معتبراً في حق العتق، بمنزلة ما لو أقر لمن هو معروف النسب من الغير أنه ابنه لا يقبل إقراره، وإن لم يعتبر في حق النسب فإنه يكون معتبراً في حق العتق إلخ - مبسوط (ص ١٥٥ ج ٣٠).

أن الجد تركها ميراثاً لأبيه ولأبي صاحبه لا يعلمون له وارثاً غيرهما ثم توفي أبو هذا وترك نصيبه منها ميراثاً لهذا لا يعلمون له وارثاً غيره^(١). وكان ابن أبي ليلى يقول: أقضي له بشهادتهم وأسكنه في الدار مع الذي هي في يديه ولا يقتسمان حتى تقوم البينة على الموارث، كما وصفت لك في قول أبي حنيفة. ولا يقولان: لا نعلم في قول ابن أبي ليلى لكن يقولان لا وارث له غيرهما في قول ابن أبي ليلى. وقال أبو يوسف: أسكنه ولا يقتسمان.

قال: وإذا توفي الرجل وترك امرأته وترك في بيته متاعاً، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يحدث عن حماد عن إبراهيم^(٢) أنه قال: ما كان للرجال من المتاع فهو للرجل، وما كان للنساء فهو للمرأة، وما كان للرجال والنساء فهو للباقي منهما، المرأة كانت أو الرجل، وكذلك الزوج إذا طلق والباقي الزوج في الطلاق. وبه كان يأخذ أبو حنيفة وأبو يوسف رضي الله عنهما. ثم قال بعد ذلك: لا يكون للمرأة إلا ما يجهز به مثلها في ذلك كله، لأنه يكون رجل تاجر عنده متاع النساء من تجارته أو صانع، أو تكون رهوناً عند رجل. وكان ابن أبي ليلى يقول: إذا مات الرجل أو طلق، فمتاع البيت كله متاع الرجل إلا الدرع والخمار وشبهه إلا أن تقوم لأحدهما بينة على دعواه^(٣). ولو طلقها في دارها كان

(١) وبه قال الإمام محمد. والمسألة في المبسوط في كتاب الدعوى ص ٤٧ ج ١٧ قال وقال أبو يوسف: أقضي بها للجد وأضعها على يد عدل حتى يصححوا عدد ورثة الجد. وهو قول ابن أبي ليلى. وهذا نظير الفصل الأول أن عند أبي يوسف رحمه الله يجب القضاء بما لو قامت البينة عليه، وعندهما لما لم يجر الميراث إليه لا يظهر استحقاقه وكونه خصماً في إثبات ملك الجد فلا يقضي القاضي بشيء إلا أن يجرؤا الميراث.

(٢) وأخرجه الإمام محمد في الآثار.

(٣) قال الإمام السرخسي في (ج ٥ ص ٢١٣) باب متاع البيت من المبسوط: وقال محمد رحمه الله: ما يصلح للرجال والنساء فهو للرجل إن كان حياً ولورثته إن كان ميتاً. وقال أبو يوسف رحمه الله: تعطى المرأة جهاز مثلها والباقي للرجل أستحسن ذلك. وقال ابن أبي ليلى: ما يصلح للرجال والنساء فهو للزوج إن كان حياً ولورثته إن كان ميتاً وإما لها ما يصلح للنساء خاصة. وعلى قول ابن شبرمة: المتاع كله للرجل إلا ما على المرأة من ثياب بدنّها. وقال زفر: المتاع بينهما نصفان إذا لم تقم لواحد منهما، وهو قول مالك رحمه الله وأحد أقاويل الشافعي. وفي قول آخر المشكل بينهما نصفان، وعلى قول الحسن البصري إن كان البيت بيت المرأة فالمتاع كله لها إلا ما على الزوج من ثياب بدنه وإن كان البيت بيت الزوج فالمتاع كله له، لأن صاحب البيت على ما في البيت أقوى وأظهر من يد غيره، ولأن المرأة ساكنة البيت، ألا ترى أنها تسمى قعيدة؟ فإذا كان البيت لها فالبيت مع ما فيه في يدها وعند دعوى مطلق الملك القول قول ذي اليد، ومن يقول: المتاع كله للزوج قال لأن المرأة في يد الزوج فما في بينها يكون في يد الزوج أيضاً، ألا ترى أنه صاحب البيت وأن المنزل يضاف إليه إلخ. وأبو حنيفة يقول: ما يصلح

أمرهما على ما وصفت في قولهما جميعاً.
قال: وإذا أسلم الرجل على يدي الرجل ووالاه وعاقده ثم مات ولا وارث له، فإن
أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: ميراثه له. بلغنا ذلك عن رسول الله ﷺ ^(١) وعن عمر بن
الخطاب رضي الله عنه وعن ابن مسعود رضي الله عنه.
وهذا نأخذ ^(٢). وكان ابن أبي ليلى لا يورثه شيئاً.

للرجال فهو قريب من استعمال الرجال وما يصلح للنساء فهو قريب من استعمالها والاستعمال
يد حتى لو تنازع رجلان في ثوب واحد وأحدهما لابس الآخر متعلق بذيله أو تنازعاً في ذبة
وأحدهما ركبها والآخر متعلق بلجامها يجعل القول قول المستعمل فكانت يد المستعمل هنا أقوى
فيما هو صالح لأحدهما فأما فيما يصلح لهما فترجح جانب الرجل في الطلاق لأنه صاحب البيت فقد
كانت هي مع المتاع في يده إلخ *.

(١) وهو ما أخرجه أحمد والأربعة والحاكم وابن أبي شيبة والدارمي وأبو يعلى والدارقطني والطبراني
كلهم من حديث تميم الداري من رواية عبد الله بن موهب ويقال ابن وهب عنه، ومنهم من
أدخل بينهما قبضة: سئل رسول الله ﷺ عن رجل أسلم على يديه آخر ووالاه فقال: «هو أحق
به بحياه ومماته» وفي لفظ أبي داود قال: يا رسول الله ما السنة في الرجل يسلم على يد رجل من
المسلمين؟ قال: «هو أولى الناس بمحياه ومماته».

وفي رواية الحاكم سألت رسول الله ﷺ، وذكره البخاري في صحيحه فقال: ويذكر عن تميم
رفعه: «هو أولى الناس بمحياه ومماته» واختلفوا في صحة هذا الخبر. وأخرجه ابن عدي من
وجهين ضعيفين والطبراني والدارقطني من أحدهما ولفظه «من أسلم على يديه رجل فولأه له».
وأخرجه ابن راهويه عن عمرو بن العاص أنه أتى رسول الله ﷺ فقال: إن رجلاً أسلم على يدي
وله مال وقد مات، قال ﷺ «فلك ميراثه» ومن طريقه أخرجه الطبراني وفي إسناده رجل مجهول
- من تخريج أحاديث الهداية باختصار**.

(٢) وهو قول الإمام محمد أيضاً قال السرخسي في فصل ولاء الموالاة ص ٤٣ ج ٣٠ من المبسوط:
وهو مذهب عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم.

* انظر: الهداية (١٦٧/٣)، ومصنف ابن أبي شيبة (١٨١/٤)، ومختصر الطحاوي (٣٤٦/٢).

** رواه البخاري (٢٤٨٣/٦)، وابن الخارود (ص ٢٤٨)، والحاكم في المستدرک (٢٣٨/٢، ٢٣٩)،
والترمذي (٤٢٧/٤)، والدارمي (٤٧١/٢)، والبيهقي (٢٩٦/١٠)، والدارقطني (١٨١/٤)،
وأبوداود (١٢٧/٣، ٢٩٥). والنسائي (٢٧٣/٦)، وابن ماجه (٩١٩/٢)، وابن أبي شيبة (٦/
٢٩٥)، وابن جميع في معجم الشيوخ (٢٥/١)، وأحمد في المسند (٣٤/٢، ٧٣، ١٠٢، ١٠٣)،
وأبو يعلى في مسنده (١٠٣/١٣)، وابن أبي عاصم في الأحاد والمثنائي (٩/٥)، والطبراني في
الكبير (٥٦/٢).

وانظر: الدراية في تخريج أحاديث الهداية (١٩٥/٢، ١٩٦). ونصب الراية (١٢٨/٤، ١٥٥، ١٥٦).

اختلاف أبي حذيفة وابن أبي ليلى ٤٤٧

حدثني مطرف^(١) عن الشعبي^(٢) أنه قال: «لا ولاء إلا لذي نعمة». حدثنا ثلث بن أبي سليم^(٣) عن أبي الأشعث الصنعاني^(٤) عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه سئل عن الرجل يسلم على يدي الرجل فيموت ويترك مالا فهو له وإن أبي فليبت المال^(٥). حدثنا أبو حذيفة عن إبراهيم بن محمد^(٦) عن أبيه عن مسروق^(٧) أن رجلا من أهل الأرض وإلى ابن عم له فمات وترك مالا فسألوا ابن مسعود رضي الله عنه عن ذلك فقال: ماله له^(٨).

(١) وهو مطرف بن طريف أبو بكر الكوفي الحارثي، وقيل: الجارفي. روى عن عبد الرحمن بن أبي ليلى والشعبي وجماعة. وعنه السفينان وابن فضال وطائفة. روى له الستة. وثقه أبو حاتم. مات سنة ١٤٣.

(٢) هو عامر بن شراحيل أبو عمرو الحميري الشعبي الكوفي الإمام العلم. ولد لست سنين خلت من خلافة عمر. روى عنه وعن ابن مسعود مرسلًا وعن علي وأبي هريرة وعائشة وجابر وابن عباس وخلق. أدرك خمسمائة من الصحابة. روى عنه ابن سيرين والأعمش وشعبة وحلق. قال أبو مجلز: ما رأيت فيهم أفقه من الشعبي. وقال العجلي: مرسل الشعبي صحيح. مات سنة ١٠٤، وقيل غير ذلك. قلت: روى له الستة.

(٣) هو ليث بن أبي سليم القرشي الكوفي أحد العلماء والنساک. روى عن عكرمة وغيره، وعنه معمر وشعبة والثوري. روى له الأربعة، ومسلم مقروناً والبخاري تعليقاً. مات سنة ١٤٣.

(٤) هو شراحيل بن آدة - بعد المزمز وتخفيف الدال - أبو الأشعث الصنعاني صنعاء دمشق. وقيل: اليمن. روى عن عبادة بن الصامت وشداد بن أوس وثوبان وأوس بن أوس الثقفي وأبي هريرة والنعمان بن بشير وعبدالله بن عمرو وأبي ثعلبة الخشني، وعنه أبو قلابة الجرهمي وحسان بن عطية ومسلم بن يسار المكي وراشد بن داود ويحيى بن الحارث الذماري وغيرهم. وثقه ابن حبان والمجلى. ذكره ابن سعد في الطبقة الثانية من أهل اليمن. وكان ينزل دمشق. شهد فتح دمشق مات زمن معاوية. قلت: روى له الخمسة والبخاري في الأدب.

(٥) قلت: أخرج ابن أبي شيبة من طريق مجاهد أن رجلاً أتى عمر فقال: إن رجلاً أسلم على يدي فمات وترك ألفاً فتحرجت منها، قال: أرايت لو جنى جناية على من تكون؟ قال علي. قال فميراثه لك.

(٦) هو إبراهيم بن محمد بن المنتشر بن الأجدع الهمداني الكوفي. روى عن أبيه وقيس بن مسلم، وعنه شعبة والسفينان. وثقه أحمد وأبو حاتم. وقال جعفر الأحمر: كان أفضل من رأينا بالكوفة. قلت: روى له الستة. وأما أبوه محمد ابن المنتشر ابن أخي مسروق فروى عن عمه مسروق، وعنه عبد الملك بن عمير، ووثقه أحمد. قلت: روى له الستة.

(٧) هو مسروق بن الأجدع الهمداني أبو عائشة الكوفي، الإمام، القدوة. روى عن أبي بكر وعمر وعلي ومعاذ وابن مسعود وطائفة. وعنه زوجته قمير وأبو وائل والشعبي، وأرسل عنه مكحول. قال أبو إسحاق: حج مسروق فما نام إلا ساجداً على وجهه. قال ابن المديني: صلى خلف أبي بكر. سمي مسروقاً لأنه سرقه إنسان في صغره ثم وجد. وغير عمر اسم أبيه إلى عبد الرحمن فأثبت في الديوان مسروق بن عبد الرحمن. مات سنة ٦٣. قلت: روى له الستة.

(٨) قلت: أخرجه الإمام أبو يوسف في آثاره عنه عن محمد بن قيس عن مسروق أن رجلاً من أهل

باب في الأوصياء

قال أبو يوسف: ولو أن رجلاً أوصى إلى رجل فمات الموصى إليه فأوصى إلى آخر، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: هذا الآخر وصي الرجلين جميعاً. وهذا نأخذ ^(١). وكذلك بلغنا عن إبراهيم. وكان ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى يقول: هذا الآخر وصي الذي أوصى إليه ولا يكون وصياً للأول إلا أن يكون الآخر أوصى إليه بوصية الأول فيكون وصيهما جميعاً. وقال أبو يوسف رحمه الله بعد: لا يكون وصياً للأول إلا أن يقول الثاني قد أوصيت إليك في كل شيء أو يذكر وصية الآخر.

قال: ولو أن وصياً لأيتام اتجر لهم بأموالهم أو دفعها مضاربة، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: هو جائز عليهم ولهم. بلغنا ذلك عن إبراهيم النخعي ^(٢). وكان ابن أبي ليلى يقول: لا تجوز عليهم والوصي ضامن لذلك ^(٣). وقال ابن أبي ليلى أيضاً: على التامى

الأردن واطأ ابن عم له وأسلم على يديه فمات وترك مالا فسأل ابن مسعود عن ذلك فأمره بأكل ميراثه.

وأخرجه محمد أيضاً في آثاره وقال: أقبل رجل من أهل الذمة فأسلم - الحديث *
انظر: المبسوط للشيباني (١٨٤/٤)، للسرخسي (٩١/٨).

(١) وبه قال محمد - أفاده في المبسوط باب الوصي والوصية ص ٢٢ - ٢٣ ج ٢٨ قال: فأما ابن أبي ليلى فيقول: هو بمطلق الإيضاء يجعل الوصي خلفاً عنه فيما هو من حوائجه وحقوقه التي فرط فيها. وهذا مقصور على تركته فأما التصرف في تركة الموصي فليس من حوائجه في شيء فلا يملك الوصي ذلك إلا بالتخصيص عليه. ولكننا نقول: بعد قبوله الوصية وموت الموصي صار التصرف في تركة الأول وأولاده الصغار من حوائجه فيما هو مستحق عليه بمنزلة التصرف في تركة نفسه. يوضحه أنه جعل الثاني خلفاً عنه قائماً مقامه في كل مكان يملكه بنفسه مما قبل النقل إلى الغير بعد موته، وقد كان ملك التصرف في التركتين جميعاً في حال حياته فيخلفه الوصي الثاني فيهما جميعاً بمطلق الإيضاء. وعن أبي يوسف رحمه الله كذلك إلى أن يخص تركته عند الإيضاء إلى الثاني فحينئذ يعمل تخصيصه، لأنه نظر لنفسه في هذا التخصيص وهو أنه لا يتحمل وبال التصرف في ملك الغير حياً وميتاً.

(٢) وأخرجه الإمام محمد في كتاب الآثار عن الإمام عن حماد عنه قال محمد: وبه نأخذ. وهو قول أبي حنيفة.

(٣) قال في المبسوط باب الوصي والوصية ص ٢٨ ج ٢٨ لأن الموصي جعله قائماً مقامه في التصرف في المال ليكون المال محفوظاً عنده، وإنما يحصل هذا المقصود إذا كان هو الذي يتصرف بنفسه فلا يملك دفعه إلى غيره للتصرف كالوكيل، ولكننا نقول: هو قائم مقام الموصي في ولايته في مال الولد وقد كان للموصي أن يفعل هذا كله في ماله فكذلك الوصي، وهذا لأن الأمور به ما يكون أصلح لليتيم وأحسن. قال الله تعالى: ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَى قُلْ إِصْلَاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ﴾ وقد يكون الأحسن في

اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى

٤٤٩

الزكاة في أموالهم فإن أداها الوصي عنهم فهو ضامن^(١). وقال أبو حنيفة رحمته الله: ليس على يتيم زكاة حتى يبلغ، ألا ترى أنه لا صلاة عليه ولا فريضة عليه؟ وهذا نأخذ.

قال: ولو أن وصي ميت ورثه كبار وصغار ولا دين على الميت ولم يوصى بشيء باع عقاراً من عقار الميت، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول في ذلك: يبعه جائر على الصغار والكبار. وكان ابن أبي ليلى يقول: يجوز على الصغار والكبار إذا كان ذلك مما لا بد منه. وقال أبو يوسف رحمه الله: يبعه على الصغار جائر في كل شيء كان منه بد أولم يكن، ولا يجوز على الكبار في شيء من بيع العقار إذا لم يكن الميت أوصى بشيء يباع فيه أو يكون عليه دين^(٢).

تفويض التصرف في ماله إلى غيره ببعض هذه الأسباب لعجزه عن مباشرة ذلك بنفسه إما لكثرة أشغاله أو لقلّة هدايته.

(١) وفي كتاب الزكاة من المبسوط ج ٢ ص ١٦٢: «وكان ابن مسعود رحمته الله يقول: يحصى الولي أعمار اليتيم فإذا بلغ أخبره، وهو إشارة إلى أنه تجب عليه الزكاة وليس للولي ولاية الأداء، وهو قول ابن أبي ليلى رحمه الله. قال: إذا أداه الولي من ماله ضمن. قال: ولنا قوله رحمته الله: «رفع القلم عن ثلاث: عن الصبي حتى يحتلم، وعن النائم حتى ينتبه، وعن المجنون حتى يفيق»*. وفي إيجاب الزكاة عليه إخراج القلم عليه، فإن الوجوب يختص بالذمة ولا يجب في ذمة الولي فلا بد من القول بوجوبه على الصبي وفيه يوجه الخطاب عليه. والمراد بقوله: «كي لا تأكلها الصدقة»: أي النفقة، ألا ترى أنه أضاف الأكل إلى جميع المال، والنفقة هي التي تأتي على جميع المال دون الزكاة. والمعنى فيه أنها عبادة محضة فلا تجب على الصبي كسائر العبادات» إلخ. قلت: وعدم الوجوب عليه قول علي وابن عباس. وذهب إلى وجوبه ابن عمر وعائشة وابن مسعود رضي الله عنهم.

(٢) وقول محمد مع أبي يوسف. قال في المبسوط ج ٢٨ ص ٣٤: وأبو حنيفة استحسن فقال: لما ثبتت له الولاية في بيع البعض ثبتت في الكل، لأن الولاية بسبب الرضاية لا تحتمل التحري، وهذا لأن في بيع البعض إضرار بالصغير والكبير جميعاً، لأنه يثبت به نصيب الكبير والأشخاص لا يشتري بما لا يشتري به الجلل فكان في بيع الكل توفر المنفعة عليهم، وللوصي ولاية في نصيب الكبير فيما يرجع إلى توفير المنفعة عليه، ألا ترى أنه يملك الحفظ وبيع المنقولات حال غيبته لما فيه من المنفعة له؟

* رواه الترمذي (٣٢/٤)، والدارمي (٢٢٥/٢) وابن أبي شيبة (١٩٤/٤)، وانظر: نصب الراية (٢/٣٣٣).

باب في الشركة والعتق وغيره

قال أبو يوسف رحمه الله: وإذا اشترك الرجلان شركة مفاوضة ولأحدهما ألف درهم وللآخر أكثر من ذلك، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: ليست هذه بمفاوضة. وهذا نأخذ^(١) وكان ابن أبي ليلى يقول: هذه مفاوضة جائزة والمال بينهما نصفان.

قال: ولو أن عبداً بين رجلين أعتق أحدهما نصيبه وهو موسر، كان الخيار للآخر في قول أبي حنيفة رحمه الله، فإن شاء أعتق العبد كما أعتق صاحبه، وإن شاء استسعى العبد في نصف قيمته فيكون الولاء بينهما، وإن شاء ضمن شريكه نصف قيمته ويرجع الشريك بما ضمن من ذلك على العبد ويكون الولاء للشريك كله، وهو عبد ما بقي عليه من السعاية شيء. وكان ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى يقول: هو حر كله يوم أعتقه الأول والأول ضامن لنصف القيمة ولا يرجع بها على العبد وله الولاء، ولا يخير صاحبه في أن يعتق العبد أو يستسعيه. ولو كان الذي أعتق العبد معسراً كان الخيار في قول أبي حنيفة للشريك الآخر، إن شاء ضمن العبد نصف قيمته يسعى فيها والولاء بينهما، وإن شاء أعتقه كما أعتق صاحبه والولاء بينهما. وكان ابن أبي ليلى يقول: إذا كان معسراً سعى العبد للشريك الذي لم يعتق في نصف قيمته ويرجع بذلك العبد على الذي أعتقه والولاء كله للذي أعتقه وليس للآخر أن يعتق منه شيئاً. وكان يقول: إذا أعتق شقصاً في مملوك فقد أعتقه كله ولا يتبع العبد فيكون بعضه رقيقاً وبعضه حراً. وبه نأخذ^(٢).

- (١) قلت: وبه قال محمد. أفاده في المبسوط وزاد: ولكنها عنان قال فبيننا وبينه اتفاق أن من شروط المفاوضة المساواة في رأس المال وقلنا لما انعدم ما هو شرط صحة المفاوضة لم تكن الشركة مفاوضة بينهما ولكنه عنان عام فكأنهما باشرا شركة العنان ولقبها بلقب فاسد الخ.
- (٢) وهو قول الإمام محمد أيضاً. والمسألة في باب عتق العبد بين الشركاء من المبسوط ص ١٠٣ ج ٧ واحتج لهما السرخسي فقال: لقوله عليه الصلاة والسلام: «من أعتق شقصاً من عبده فهو حر كله ليس الله فيه شريك». وفي الكتاب ذكر هذا اللفظ عن عمر أيضاً رضي الله عنه. والمعنى فيه أن العتق إسقاط للرق والرق لا يتجزى ابتداء وبقاء. فإسقاطه بالعتق لا يتجزى أيضاً كما أن الحل لما كان لا يتجزى ابتداء وبقاء فإبطاله بالطلاق لا يتجزى الخ. قال: واستدل أبو حنيفة رحمه الله بحديث سالم عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: «من أعتق شقصاً له في عبد فإن كان موسراً فعليه خلاصه، وإلا فقد عتق ما عتق ورق ما رق». وقال علي رضي الله عنه: «يعتق الرجل من عبده ما شاء»، وتأويل قوله ﷺ: «فهو حر كله» سيصير حراً كله بإخراج الباقي إلى الحرية بالسعاية فيكون فيه بيان أنه لا يستدام الرق فيما بقي منه وهو مذهبنا، ولأن هذا إزالة منك اليسير فيتجزأ في الحل كالبيع، وتأثيره أن نفوذ تصرف المالك باعتبار ملكه وهو مالك للمالية دون الرق، فالرق اسم لضيغ ثابت في أهل الحرب مجازاة وعقوبة على كفرهم وهو لا يحتمل التملك

أرأيت ما أعتق منه أ يكون رقيقاً؟ فإن كان ما أعتق منه يكون رقيقاً فقد عتق، فكيف يجتمع في معتق واحد عتق ورق؟ ألا ترى أنه لا يجتمع في امرأة بعضها طالق وبعضها غير طالق وبعضها امرأة للزوج على حالها؟ وكذلك الرقيق. وهذا يأخذ إلا حصلة لا يرجع العبد بما سعى فيه على الذي أعتقه. وقال أبو حنيفة رحمه الله: لا يعتق بعضه وبعضه رقيق. وهذا كله بمنزلة العبد ما دام منه شيء رقيق أو يسعى في قيمته، أرأيت لو أن الشريك قال: نصيب شريكي منه حر وأما نصيبي فلا، هل كان يعتق منه ما لا يملك وإذا أعتق منه ما يملك فكيف يعتق منه ما لا يملك، وهل يقع عتق فيما لا يملك الرجل؟ قال: ولو أن عبداً بين رجلين كاتبه أحدهما بغير إذن صاحبه ولا رضاه فأنكر ذلك صاحبه قبل أن يؤدي المكاتب شيئاً، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: المكاتب باطلة ولصاحبه أن يردها لأنها منفعة تصل إليه وليس ذلك له دون صاحبه. وبه يأخذ^(١). وكان ابن أبي ليلى يقول: المكاتب جائزة وليس للشريك أن يردها. ولو أن الشريك أعتق العبد كان العتق باطلاً في قول ابن أبي ليلى^(٢) حتى ينظر ما يصنع في المكاتب، فإن أداها إلى

كالحية إلا أن بقاء ملكه لا يكون إلا بقاء صفة الرق في المحل كما لا يكون حياً إلا باعتبار صفة الحياة في المحل، فذلك لا يدل على أن الحياة مملوكة له، فإذا ثبت أنه يملك المالة وملك المالة يحتمل التجزي فإنما يزول بقدر ما يزيله، ولهذا لا يعتق شيء منه بإعتاق البعض عند أبي حنيفة حتى كان معتق البعض كالمكاتب إلا في حكم واحد، وهو أن المكاتب إذا عجز يرد في الرق، لأن السبب هناك عقد محتمل للفسخ. وهذا إذا عجز عن السعاية لا يرد في الرق، لأن سببه إزالة ملك لا إلى أحد وهو لا يحتمل الفسخ، وإنما يسمى فعله إعتاقاً مجازاً على معنى أنه إذا تم إزالة الملك بطريق الإسقاط يعقبه العتق الذي هو عبارة عن القوة لا أن يكون الفعل المزيل ملائقاً للرق الخ.

(١) وبه أخذ الإمام محمد أيضاً أفاده السرخسي قال: لأن في إبقاء هذا العقد ضرراً على شريكه من حيث إنه يتعذر عليه التصرف في نصيبه وتتعذر عليه استدامة الملك بعد أداء بدل الكتابة، ومن تصرف في ملكه تصرفاً يلحق الضرر بغيره فإن ذلك الغير يتمكن من دفع الضرر عن نفسه، ألا ترى أن للشفيع أن يأخذ الشفيع بالشفعة لدفع الضرر عن نفسه؟ وهذا العقد يحتمل الفسخ، فقلنا: يدفع الشريك الضرر عن نفسه بفسخه، ألا ترى أن المكاتب إذا كسر نجماً أو جصين كان للمولى أن يفسخ الكتابة لدفع الضرر عن نفسه وأن المكاتب متى عجز عن أداء بدل الكتابة كان له أن يفسخ العقد لدفع الضرر عن نفسه، وبه فارق حقيقة العتق فإنه غير محتمل لنفسه فدفعت الضرر يكون بالتضمن هناك، وبه فارق البيع لأنه لا ضرر على الشريك في إبقاء البيع في نصيب الشريك.

(٢) وهذا بناء على أن الكتابة لا تجزأ عنده فإذا أدى البدل عتق الكل من جهة نصار ضامناً نصف قيمته لشريكه. وعند أبي حنيفة تجزأ الكتابة فالمكاتب لم يضر مستحقاً نصيب الشريك فلهذا نفذ العتق من الشريك في نصيبه ويسعى المكاتب في بدل الكتابة، وإن شاء في نصف قيمته

صاحبها عتق وكان الذي كاتب ضامنا لنصف القيمة والولاء كله له. وكان أبو حنيفة يبيح يقول: عتق ذلك جائز ويخير المكاتب، فإن شاء ألقى الكتابة وعجز عنها، وإن شاء معي فيها، فإن عجز عنها كان الشريك الذي كاتب بالخيار إن شاء ضمن الذي أعتق إن كان موسراً، وإن شاء استسعى العبد في نصف قيمته، وإن شاء أعتق العبد، فإن ضمن الذي أعتق كان له أن يرجع على العبد بما ضمن.

قال: ولو أن مملوكاً بين اثنين دبره أحدهما، فإن أبا حنيفة رحمته كان يقول: ليس للآخر أن يبيعه لما دخل فيه من العتق. وبه نأخذ ^(١).

وكان ابن أبي ليلى يقول: له أن يبيع حصته. وإذا ورث أحد المتفاوضين ميراثاً، فإن أبا حنيفة رحمته كان يقول: هو له خاصة. وبهذا نأخذ ^(٢). قال: وتنتقص المفاوضة إذا قبض ذلك. وكان ابن أبي ليلى يقول: هو بينهما نصفان.

قال: وإن كان العبد بين اثنين فدبره أحدهما ثم أعتقه الآخر البتة، فإن أبا حنيفة رحمته كان يقول: الذي دبره بالخيار إن شاء أعتق وإن شاء استسعى العبد في نصف قيمته مدبراً وإن شاء ضمن المعتق نصف قيمته مدبراً إن كان موسراً ويرجع به المعتق على العبد والولاء بينهما نصفان. وكان ابن أبي ليلى يقول: التدبير باطل والعتق جائز والمعتق ضامن لنصف قيمته إن كان موسراً، وإن كان معسراً سعى فيه العبد ثم يرجع على المعتق والولاء كله للمعتق ^(٣). وقال أبو يوسف: إذا دبره أحدهما فهو مدبر كله وهو ضامن نصف قيمته،

للشريك الآخر، وهذا الخيار عنده باعتبار أن العتق يحتمل التجزيء - السرخسي.

(١) والمسألة متفق عليها عند أئمتنا كما ذكرها السرخسي. قال: وهذا بناء على أن استحقاق العتق يثبت بالتدبير عندنا حتى يمتنع على المدبر بيع نصيبه فيمنع على الشريك أيضاً بيع نصيبه اعتباراً لحق العتق بحقيقة العتق إلخ.

(٢) وبه قال الإمام محمد أيضاً. أفاده السرخسي، لأننا نقول: عقد المفاوضة إنما يوجب الشركة بينهما فيما يحصل بطريق التجارة لأن كل واحد منهما يكون وكيلاً لصاحبه في ذلك التصرف وهذا في الإرث لا يتحقق، ثم الملك بالميراث ليس بحادث فإن الوراثة خلافة لبقية للوارث الملك الذي كان ثابتاً للمورث. وسبب هذه الخلافة لم يوجد في حق الشريك. ولو قلنا بأن المفاوضة توجب الشركة بينهما في الموهوب والموروث لبطلت في نفسها. لأنها تصير في معنى التمسار والمخاطرة وذلك باطل شرعاً.

(٣) هذه المسألة مقدمة في المبسوط على مسألة الشركة التي قبلها. قال السرخسي: ولكن قد ثبت لنا أن بالتدبير يثبت استحقاق العتق كما يثبت بالاستيلاء. وقد قررنا هذا في العتق، كما أنه إذا شد

باب في المكاتب

قال أبو يوسف رحمه الله: وإذا كاتب الرجل المكاتب على نفسه، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: ماله لمولاه إذا لم يشترط المكاتب ذلك. وبه نأخذ (١). وكان ابن أبي ليلى يقول: المكاتب له المال وإن لم يشترط.

قال: وإذا قال المكاتب: قد عجزت وكسر مكاتبته ورده مولاه في الرق، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: ذلك جائز. وهذا نأخذ. وقد بلغنا عن عبد الله بن عمر أنه رد مكاتباً له حين عجز وكسر مكاتبته (٢) عند غير قاض. وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: لا يجوز ذلك إلا عند قاض. وكذلك لو أتى القاضي فقال: قد عجزت، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يرده. وهذا نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: لا أردّه حتى يجتمع عليه نيمان (٣) قد حلا عليه في يوم خاصم إليه. ثم قال أبو يوسف بعد: لا أردّه حتى أنظر فإن كان نجه قريباً وكان يرجي لم يعجل عليه.

قال: وإذا تزوج المكاتب (٤) أو وهب هبة أو أعتق عبداً أو كفل بكفالة أو كفل عنه

الاستيلاد من أحدهما في نصيبه لم يبطل ذلك بإعتاق الآخر فكذلك إذا نفذ التدبير. وهذا لأن الولاء بالتدبير صار مستحقاً له حتى إذا أعتق بعد موته يكون ولاؤه له فلا يتمكّن الآخر من إبطال هذا الولاء عليه.

(١) قلت: وهو قول محمد رحمه الله، وذلك لأن التدبير عندهما لا يتجزى كالعتق ويضمن نصيب شريكه، موسراً كان أو معسراً لأنه صار مملوكاً على شريكه نصيبه وضمان التملك لا يخلف باليسار والإعسار.

(٢) وبه قال محمد. أناده السرخسي، لأننا نقول: ما اكتسبه قبل عقد الكتابة ملك المولى فهو بمنزلة مال آخر للمولى في يده فلا يستحقه المكاتب بمطلق الكتابة وهذا لأن الاستحقاق بالعقد إما يثبت فيما يضاف إليه العقد وإما أضيف العقد هنا إلى رقبته دون ماله فلا يستحق به المال كما في البيع ونحن نسلم أنه بعقد الكتابة يمكنه من التصرف ولكن يمكنه من ذلك لنتافعه لا لتمامه وبالعقد الكتابة يصير هو أحق بمنافع نفسه عندنا - السرخسي.

(٣) روى ابن أبي شيبة من طريق أبان البجلي عن عطاء أن ابن عمر كاتب غلاماً له على ألف دينار فأداها إلا مائة فردّه في الرق، المصنف (٣٩٤/٤).

(٤) قال السرخسي: وقول ابن أبي ليلى كقول أبي يوسف أنه لا يرد إلى الرق حتى يجتمع عليه نيمان.

(٥) قال السرخسي: وعندنا لا يملك أن يزوج نفسه ولا عبده ولكن يملك أن يزوج أمته لما فيه من اكتساب المال، وبطلان كفالته عنده ليس بطريق أنه يترع ولكن بطريق إعدام أهلية، لأن الكفالة

رجل لمولاه بالذي عليه، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: هذا كله باطل لا يجوز. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: نكاحه وكفالاته باطل وما تكفل به رجل عنه لمولاه فهو جائز. وأما عتقه وهبته فهو موقوف، فإن عتق أمضى ذلك، وإن رجع مملوكًا فذلك كله مردود ^(١).

وقال أبو حنيفة رحمه الله: كيف يجوز عتقه وهبته وكيف تجوز الكفالة عنه لمولاه؟ أرايت رجلا كفّل لرجل عن عبده كفالة أليست باطلا؟ فكذلك مكاتبه. وهذا نأخذ. وبلغنا عن إبراهيم أنه قال: لا يجوز أن يكفل الرجل للرجل بمكاتبه عبده، لأنه عبده وإنما كفّل له بماله ^(٢). وقال أبو حنيفة رحمه الله: إذا كان له مال حاضر فقال: أؤديه اليوم أو غدا، فإنه كان يقول: يؤجله ثلاثة أيام.

باب في العتق

قال أبو يوسف رحمه الله: وإذا قال الرجل لعبده: إن بعتك فأنت حر ثم باعه، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: لا يعتق، لأن العتق إضا وقع عليه بعد البيع وبعد ما خرج من ملكه وصار لغيره. وهذا نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: يقع العتق من مال البائع ويرد الثمن

التزام المال في الذمة عنده ولهذا يوجب براءة الأصل، وقيام الرق فيه يخرج من أن يكون أهلا للالتزام المال في ذمته عنده فلهذا قال: لا تنفذ كفالاته بعد ما عتق.

(١) قال السرخسي: فأما عندنا عتقه وهبته باطلان عجز أو عتق. لأن نفوذ هذا التصرف باعتبار حقيقة الملك والرق ينائي الأهلية لذلك. وأما كفالاته فلا تكون صحيحة ما لم يعتق فإذا عتق نفذ، بمنزلة كفالة العبد فإن ذمته خالص حقه ولكن الدين لا يجب في ذمة الرقيق إلا شاعلا مالية رقبته وذلك حق المولى باعتبار أن تصرفه لاقي محلا هو حقه كان صحيحا في حقه، وباعتبار أنه معلق بمالية المولى. قلنا: ثابتة تؤخر المطالبة عنه إلى حال العتق. ولو كفّل لإنسان عنه ببدل الكتابة لمولاه لم يجز عندنا لأن الكفالة تستدعي دينًا صحيحًا وقيام الرق بمنع وجوب دين صحيح للمولى على مملوكه. لأنه التزام للمطالبة والمطالبة ببدل الكتابة لا تقوى في حق المكاتب ولهذا يملك أن يعجز نفسه.

(٢) أخرجه أبو يوسف في آثاره [ص ١٩١] عنه عن حماد عن إبراهيم أن رجلا تكفل لرجل بسال عن مكاتبه أن ذلك باطل، وكيف يجوز وإضا كفّل بماله عن عبده؟ وأخرجه عنه في مقام آخر ولفظه: الكفالة عن المكاتب ليست بشيء لأنه كفّل له بماله، وأخرجه محمد أيضًا في آثاره عنه أنه قال في الكفالة في المكاتب ليست بشيء، إنما هو مالك كفّل لك به، وذلك أنه لو عجز وقد أخذت من الكفالة بعض مكاتبته رد المكاتب في الرق ولم يكن لك ما أخذت، لأن ما أخذت منهم فهو ملك لهم وفي رقبة عبدك، قال محمد: وبه نأخذ، إذا كفّل الرجل الرجل بالمكاتبه عن مكاتبته فالكفالة باطلة، وهو قول أبي حنيفة رحمه الله.

على المشتري، لأنه حلف يوم حلف وهو في ملكه^(١). وكذلك لو قال البائع: إن كلمت فلاناً فأنت حر فباعه ثم كلم فلاناً، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: لا يعتق، ألا ترى أنه قد خرج من ملك البائع الخالف؟ أرايت لو أعتقه المشتري أخرج إلى الخالف وقد صار للمشتري؟ أرايت لو أن المشتري ادعاه وزعم أنه ابنه فأثبت القاضي نسبه وهو رجل من العرب وجعله ابنه ثم كلم البائع ذلك الرجل الذي حلف عليه أن لا يكلمه أبطل دعوى هذا ونسبه ويرجع الولاء إلى الأول؟ وكان ابن أبي ليلى يقول في هذا: يرجع الولاء إلى الأول ويرد الثمن ويطلق النسب. وإذا قال الرجل لامرأته: أنت طالق إن كلمت فلاناً ثم طلقها واحدة بائنة أو واحدة، يملك الرجعة وانقضت عدتها ثم كلم^(٢) فلاناً، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: لا يقع عليه^(٣) الطلاق الذي حلف به، لأنها قد خرجت من ملكه، ألا ترى أنها لو تزوجت زوجاً غيره ثم كلم الأول فلاناً وهي عند هذا الرجل لم يقع^(٤) عليها الطلاق وهي تحت غيره. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: يقع عليها الطلاق، لأنه حلف بذلك وهي في ملكه.

قال: وإذا قال الرجل: كل امرأة أتزوجها أبداً فهي طالق ثلاثاً وكل مملوك أملكه فهو حر لوجه الله تعالى فاشترى مملوكاً وتزوج امرأة، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: يقع العتق على المملوك والطلاق على المرأة، ألا ترى أنه طلق بعد ما ملك وأعتق بعد ما ملك؟ وقد بلغنا عن علي رحمته الله أنه كان يقول: «لا طلاق إلا بعد نكاح، ولا عتق إلا بعد ملك»^(٥). فهذا إنما وقع بعد الملك كله، ألا ترى أنه لو قال: إذا تزوجتها أو ملكتها فهي

(١) وهذا بناء على أصل مختلف فيه بيننا وبينه أن في اليمين بالطلاق والعتاق عندنا يشترط قيام الملك عند وجود الشرط لحصوله الجزاء وعنده لا يشترط ويعتبر قيام الملك في المحل بالأهلية في المتصرف وذلك لا يشترط عند وجود الشرط حتى إن من قال لعبده: إن دخلت الدار فأنت حر ثم جن الخالف ثم وجد الشرط يقع الطلاق والعتاق، ومعلوم أن تأثير الأهلية أكثر من تأثير الملك في المحل. فأما إذا كان يسقط اعتبار الأهلية عند وجود الشرط فلأن يسقط اعتبار الملك في المحل أولى. ولكننا نقول: المتعلق بالشرط عند وجود الشرط كالمنجز فكما أن تنجز العتق لا يصح إلا عند قيام الملك في المحل فكذلك يزول الجزاء عند وجود الشرط، إلا أنه يصير كأنه منجز بذلك الكلام السابق، وذلك الكلام صح منه في حال إقامته والجنون إنما ينافي الأهلية للتكلم بالطلاق والعتاق على وجه يكون إيقاعاً في حقه وهذا غير معتبر عند وجود الشرط - السرخسي.

(٢) كذا في الأصل. وفي المبسوط: «ثم كلمت» وكل محتمل.

(٣) كذا في الأصل ولعل الصواب عليها.

(٤) كذا في الأصل ولعله أيقع بهمزة الاستفهام.

(٥) أخرجه ابن ماجه عن عبد الرزاق عن معمر عن جوبير عن الضحاك عن النزال بن سبرة عن علي

طالق صارت طالقاً؟ وهذا تأخذ، ألا ترى أن رجلاً لو قال لأمنه: كل ولد تلديه فهو حر ثم ولدت بعد عشر سنين كان حرّاً؟ فهذا عتق ما لم يملك، ألا ترى أن رجلاً لو كانت عنده امرأة فقال لها: إن تزوجتك فأنت طالق ثلاثاً ثم طلقها واحدة بائنة ثم تزوجها في العدة أو بعدها أن ذلك واقع عليها، لأنه حلف وهو يملكها ووقع الطلاق وهو يملكها؟ أرايت لو قال لعبد له: إن اشتريتك فأنت حر فباعه ثم اشتراه أما كان يعتق؟ وكان ابن أبي ليلى يقول: لا يقع في ذلك عتق ولا طلاق إلا أن يوقت وقتاً، فإن وقت وقتاً في سنين معلومة، أو قال: ما عاش فلان أو فلانة أو وقت مصرّاً من الأمصار أو مدينة أو قبيلة لا يتزوج ولا يشتري منها مملوكاً، فإن ابن أبي ليلى يوقع على هذا الطلاق. وأما قول أبي حنيفة رحمته فإنه يوقع في الوقت وغير الوقت. وقد بلغنا عن عبد الله ابن مسعود رضي الله عنه أنه قال: إذا رقت وقتاً أو قبيلة أو ما عاشت فلانة وقع ^(١). وإذا قال الرجل: إن وطئت فلانة فهي حرة فاشترها فوطئها، فإن أبا حنيفة رحمته كان يقول: لا تعتق، من قبل أنه حلف وهو لا يملكها. وبه تأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: تعتق فإن قال: إن اشتريتك فوطئتك فأنت حرة فاشترها فوطئها، فهي حرة في قولهما جميعاً.

رحمته مرفوعاً ولفظه: «لا طلاق قبل النكاح» ولم يذكر العتق.

وأخرج عن الزهري عن عروة عن المسور مرفوعاً: «لا طلاق قبل نكاح ولا عتق قبل ملك». وأخرج البيهقي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن عبد الله بن عمرو رفعه قال: «لا طلاق إلا بعد نكاح ولا عتق إلا بعد ملك».

وروى عن اليماني عن أبي عيسى عن جابر رفعه: «لا رضاع بعد فصال، ولا يتم بعد احتلام، ولا عتق إلا بعد ملك، ولا طلاق إلا بعد نكاح».

وروى عن عمرو بن دينار عن طاوس عن معاذ بن جبل رفعه: «لا طلاق إلا بعد نكاح ولا عتق إلا بعد ملك» وروي عن النزال عن مسروق عن علي قوله: «لا طلاق إلا بعد النكاح». وروي مثله عن عروة عن عائشة.

وروي عن ابن جريج عن عطاء عن ابن عباس: «لا طلاق إلا بعد نكاح ولا عتاق إلا من بعد ملك» *.

(١) قال المولى علي القاري في شرح مختصر الوقاية: وقال مالك في المشهور عنه: إذا لم يسم امرأة بعينها أو قبيلة نحو قرشية أو أرضاً نحو مكة أو نحو هذا بأن قال: كل امرأة، من غير زيادة وصف هنالك، فليس يلزمه ذلك، لما في الموطأ أن عبد الله بن مسعود كان يقول فيمن قال: كل امرأة أنكحها فهي طالق: إذا لم يسم قبيلة أو امرأة بعينها فلا شيء عليه. قال مالك: وهذا أحسن ما سمعت.

* رواه الترمذي (٤٨٦/٣)، وعبد الرزاق (٤١٧/٦)، وابن ماجه (٦٦٠/١)، والبيهقي (٣١٧/٧)، والبخاري (٥/٢٠١٧)، والحاكم (٢٢٢/٢)، وابن ماجه (٦٦٠/١)، والبيهقي (٣١٧/٧)، والبخاري (٥/٢٠١٧).

باب في العارية وأكل الغلة

قال أبو يوسف: وإذا أعار الرجل الرجل أرضاً بني فيها ولم يوقت وقتاً ثم بدا له أن يخرجها منها بعد ما بني، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: نخرجه ^(١). ويقال للذي سئ: انقض بناءك. وهذا نأخذ ^(٢).

وكان ابن أبي ليلى يقول: الذي أعاره ضامن لقيمة البنيان. والبناء للمعير. وكذلك بلغنا عن شريح ^(٣). فإن وقت له وقتاً فأخرجه قبل أن يبلغ ذلك الوقت فهو ضامن لقيمة البناء في قولهما ^(٤) جميعاً.

قال: وإذا أقام الرجل البينة على أرض ونخل فيها أنها له وقد أصاب الذي هي في يديه من غلة النخل والأرض والشم، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: الذي كانت في يديه ضامن لما أخذ من الثمرة. وبه نأخذ ^(٥).

وكان ابن أبي ليلى يقول: لا ضمان عليه في ذلك.

قال: وإذا زرع الرجل الأرض ^(٦)، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: الزرع للذي كانت في يديه وهو ضامن لما نقصت الأرض في قول أبي حنيفة رحمته الله ويتصدق بالفضل ^(٧). وكان ابن أبي ليلى يقول: لا يتصدق بشيء وليس عليه ضمان.

قال: وإذا أخذ الرجل أرض رجل لإجارة سنة وعلمها وأقام فيها سنتين، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: هو ضامن لما نقصت الأرض في السنة الثانية ويتصدق بالفضل

(١) وفي نسخة الأصل: إن شاء أخرجه.

(٢) وفي نسخة الأصل: وبه يأخذ أبو يوسف ومحمد. والمسألة في العارية ص ١٤١ ح ١١ من ميسوط السرخسي مع البسط والدلائل.

(٣) وفي نسخة الأصل: السعدي عن القاسم عن شريح أنه قال: أيا رجل أذن لرجل أن يبني في ملكه ثم أخرجه ضمن البناء.

(٤) وفي بعض النسخ الأصل: في قولهم. والمسألة في العارية ص ١٤١ ح ١١ من السوط وفيها خلاف زفر ذكرها الحجج.

(٥) وفي بعض النسخ الأصل: وبه يأخذ أبو يوسف ومحمد. والمسألة ذكرت في العارية ص ١٤٩ ح ١١ من ميسوط السرخسي قال: ولكننا نقول: الثمرة عين مال متقوم بدليل حوار بينهما وهي مملوكة لصاحب الشجرة لتولدها من ملكه فيكون المصيب ضامناً لماله بالإنفاق كولد البخارية والحمل في الشاة إذا أتلّفها.

(٦) وفي نسخة من الأصل: وإذا غصب الرجل الأرض فزرعها.

(٧) وفي نسخة من الأصل زاد: هو قول محمد.

ويعطي أجر السنة الأولى^(١). وكان ابن أبي ليلى يقول: عليه أجر مثلها في السنة الثانية. قال: وإذا وجد الرجل كنزاً قديماً في أرض رجل أو داره، فإن أبا حنيفة رحمته كان يقول: هو لرب الدار وعليه الخمس وليس للذي وجده منه شيء^(٢). وكان ابن أبي ليلى يقول: هو للذي وجده وعليه الخمس^(٣) ولا شيء لصاحب الدار والأرض فيه. وبه نأخذ، والله أعلم.

باب في الأجير والإجارة

قال أبو يوسف رحمته: وإذا اختلف الأجير والمستأجر في الأجرة، فإن أبا حنيفة رحمته كان يقول: القول قول المستأجر مع يمينه إذا عمل العمل. وهذا نأخذ^(٤). وكان ابن أبي ليلى يقول: القول قول الأجير فيما بينه وبين أجر مثله إلا أن يكون الذي ادعى أقل فيعطيه إياه، وإن لم يكن عمل العمل تحالفاً وتراضاً في قول أبي حنيفة رحمته، وينبغي كذلك في قول ابن أبي ليلى. وقال أبو يوسف بعد: إذا كان شيء متقارب قبلت قول المستأجر وأحلفت، وإذا تفاوت لم أقبل وأجعل للعامل أجر مثله إذا حلف.

قال: وإذا استأجر الرجل بيتاً شهراً يسكنه فسكنه شهرين أو استأجر دابة إلى مكان

(١) وهو قول محمد. أفاده في الأصل.

(٢) وهو قول الإمام محمد كما ذكره في الأصل.

(٣) وفي نسخة: ويخمس، وكذا في الحرف الذي قبله. والمسألة في ختم كتاب الإجارة من المبسوط.

(٤) وبه قال محمد. والمسألة في كتاب الإجارة من المبسوط ص ٩٣ ج ١٥ قال: ولو اختلفا في الأجر وقد عمله عملاً على ما وصفه له، فإن أقاما البينة فالبينة بينة العامل، لأنه يثبت الزيادة في حقه وهو الأجر فتزجج بينته بذلك، وإن قال رب الخلف: عملته لي بغير أجر، وقال العامل: عملته بدهم ولا بينة بينهما، فعلى رب الخلف اليمين لله ما شرطه على درهم، لأن العامل يدعي عليه الدرهم ديناً في الذمة وهو منكر فالقول قول المنكر مع اليمين، فإذا حلف غرم له ما زاد النعل في حقه بعد أن يحلف العامل على دعواه أنه عمل له بغير أجر، لأن رب الخلف يدعي عليه هبة النعل، وهو لو أقر به لزمه فإذا أنكر يحلف عليه، وإذا حلف انتفى ما ادعى كل واحد منهما من العقد يبقى نعله متصلاً بخلف الغير بإذن صاحب الخلف فتجب قيمته، لاحتباس ملك الغير عنده، ولا يجب أجر المثل لأن المنفعة لا تقوم إلا بالعقد والتسمية وقد انتفى ذلك، فأما العين متقوم بنفسه، ولو أقاما البينة أخذت بينته العامل، لإثباته الزيادة، إلى أن قال: ولو اختلف القصار ورب الثوب في مقدار الأجرة، فإن لم يكن أخذ في العمل تحالفاً وتراضاً، لأن الإجارة نوع بيع وقد ورد النص بالتحالف عند اختلاف المتبايعين في البدل فيعم ذلك أنواع البيوع، ثم قال: وإن كان قد فرغ من العمل فالقول قول رب الثوب، إلى أن قال: ولو كان الاختلاف بينهما بعد ما أقام بعض العمل، ففي حصة ما أقام القول قول رب الثوب مع بينته، وفي حصة ما بقي يتحالفان اعتباراً للبعض بالكل، إلى أن قال: وعلى قول ابن أبي ليلى القول قول الأجير إلى أجر مثله كما في مسألة الصباغ الخ.

فجاءوا بها ذلك المكان^(١)، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: الأجر فيما سمي ولا أجر فيما لم يسم، لأنه قد خالف وهو ضامن حين خالف ولا يجتمع عليه الضمان والأجرة. وهذا نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: له الأجر فيما سمي، وبما خالف إن سلم، وإن لم يسلم ذلك ضمن ولا نجعل عليه أجرًا في الخلاف إذا ضمنه.

قال: وإذا تكارى الرجل دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم^(٢) فحمل عليها أكثر من ذلك فعطيت الدابة، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: هو ضامن قيمة الدابة بحساب ما زاد عليها وعليه الأجر تامًا إذا كانت قد بلغت المكان. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: عليه قيمتها تامة ولا أجر عليه^(٣).

قال: وإذا غرقت السفينة الملاح فغرق الذي فيها وقد حملة بأجر فغرقت في مده أو معالجته السفينة، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: هو ضامن. وبه نأخذ^(٤). وكان ابن أبي ليلى يقول: لا ضمان عليه في المد خاصة.

(١) وعند السرخسي: ثم عطيت بعد ضمن قيمتها عندنا ولم يسقط عنه الأجر، وعلى قول ابن أبي ليلى ليس عليه شيء من الأجر. قال: لأن الأجر والضمان لا يجتمعان وقد تقرر عليه الضمان. ولأنه بالضمان ملك المضمون، ولا يوجب عليه الأجر بسبب الانتفاع بملك نفسه، ولكننا نقول: لما انتهى العقد نهاية وتقرر الأجل دينا في ذمته ثم بالمجاوزة صار غاصبًا ضامنًا فلا يسقط عنه الأجر بذلك، بمنزلة ما لو أوردتها على صاحبها ثم غصبها منه، وهذا لأن الملك بالضمان إنما يثبت له من وقت وجوب الضمان عليه وذلك بعد المجاورة. والأجر إنما لزمه بمقابلة منافع استوفاه قبل ذلك. قلت: وذكر المسألة في الإجارة في (ص ١٥١ ج ١٥) أيضًا وقال معللاً لها: لأنه غاصب في السكنى، والمنافع لا تنقوم إلا بالعقد، وعند ابن أبي ليلى أجر مثلها في الشهر الثاني. وقد بينا نظيره في العارية، وذكرت في ص ١٧٣ من هذا الجزء أيضًا وقال فيها: لم يضمن عند الإمام في قوله الأول ثم رجع.

(٢) المختوم: الصاع بعينه عن أبي عبيد، ويشهد له حديث الخدري: «الوسق ستون محتومًا» - من المغرب.

(٣) قال في باب ما يضمن فيه الأجير ص ١٢ ج ١٦ من المبسوط: ولو تكارى دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فحمل عليها خمسة عشر محتومًا فلما بلغ المقصد عطيت الدابة بعينه الأجر كاملاً، لاستبقاء المعقود عليه بكماله وهو ضامن ثلث قيمتها بقدر ما زاد. وقد بينا هذا في العارية وذكرنا الفرق بينه وبين الجناية في بني آدم أن المعتبر هناك عدد الجناية في حق ضمان النفس إلخ.

(٤) قال في المبسوط (ص ١٠ ج ١٢): قال أبو حنيفة في الملاح إذا أخذ الأجر فإن غرقت السفينة من ريع أو موج أو شيء وقع عليها أو جبل صدمته فلا ضمان على الملاح، لأن الشئ ما حصل من عمله. وإن غرقت من مده أو معالجته أو حذقه فهو ضامن. لأن هذا من جناية يده والملاح أجير مشترك.

باب القسمة

قال أبو يوسف رحمه الله: وإذا كانت الدار صغيرة بين اثنين أو شقص قليل في دار لا يكون بيتاً، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: أيهما طلب القسمة وأبى صاحبه قسمت له، ألا ترى أن صاحب القليل ينتفع بنصيب صاحب الكثير؟ وهذا نأخذ^(١). وكان ابن أبي ليلى يقول: لا يقسم شيء منها.

باب الصلاة

قال أبو يوسف رحمته الله: وإذا أتى الرجل إلى الإمام في أيام التشريق وقد سبقه بركة فسلم الإمام عند فراغه، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: يقوم الرجل فيقضي ولا يكبر معه، لأن التكبير ليس من الصلاة إنما هو بعدها. وبه نأخذ^(٢). وكان ابن أبي ليلى يقول: يكبر ثم يقوم فيقضي.

قال: وإذا صلى الرجل في أيام التشريق وحده أو المرأة، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: لا تكبير عليه ولا تكبير على من صلى في جماعة في غير مصر جامع ولا تكبير على المسافرين. وكان ابن أبي ليلى يقول: عليهم التكبير. أخبرنا أبو يوسف عن عبيدة^(٣) عن إبراهيم أنه قال: التكبير على المسافرين وعلى المقيمين وعلى الذي يصلي وحده وفي

(١) قال السرخسي في القسمة (ص ١٣ ج ١٥): فإن كانت دار بين رجلين وأحدهما فيها بعض قليل لا ينتفع به إذا قسم فأراد صاحب الكثير القسمة قسمها بينهم وإن أبى ذلك صاحب القليل عندنا.

وقال ابن أبي ليلى رحمه الله لا يقسمها، وكذلك إن كان سائر الشركاء لا ينتفعون بأنصابتهم إلا هذا الواحد الطالب للقسمة فإنه يقسمها بينهم، وإن كان الطالب صاحب القليل لم يقسمها إذا كان لا ينفع بنصيبه بعد القسمة وعلى قول ابن أبي ليلى لا يقسمها عند إباء بعضهم إلا إذا كان كل واحد منهم ينتفع بنصيبه بعد القسمة. ثم احتج لكلا القولين.

(٢) قال في المبسوط (ج ٢ ص ٤٥): والمسبوق يتابع الإمام في سجود السهو، لأنه مؤدى في حرمة الصلاة ولا يتابعه في التكبير والتلية لأنها غير مؤداة في حرمة الصلاة. وعلى هذا إذا نسي الإمام سجود السهو لم يسجد القوم لأنه مؤدى في حرمة الصلاة فكانوا مقتدين به لا يأتون به دونه، وإذا نسي التكبير أو التلية أو تركهما متأولاً لم يترك القوم لأنها غير مؤداة في حرمة الصلاة.

(٣) هو عبيدة مصغراً ابن معنب بكسر المثناة الضبي أبو عبد الرحيم، وفي نسخة عبد الكريم الكوفي. روى عن إبراهيم النعمي وأبي رائل، وعنه شعبة وهشيم. قال ابن عدي: مع ضعفه يكتب حديثه. علق البحاري فرد حديث. وروى له أبو داود والترمذي وابن ماجه.

جماعة، وعلى المرأة. وبه نأخذ^(١). حدثنا بحالد^(٢) عن عامر مثله.
قال: وإذا أدرك الإمام وهو راكع فكبر معه ثم لم يركع حتى رفع الإمام رأسه، فإن
أبا حنيفة عليه السلام كان يقول: يسجد معه ولا يعتد بتلك الركعة. أخبرنا بذلك^(٣) عن الحسن
عن الحكم عن إبراهيم. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: يركع ويسجد ويحتسب
بذلك من صلاته^(٤).

(١) قال في المبسوط ج ٢ ص ٤٤: وقال أبو يوسف ومحمد: كل من يصلي مكتوبة في هذه الأيام
فعليه التكبير مسافراً كان أو مقبلاً في المصر أو القرية رجلاً أو امرأة في الجماعة أو وحده. وهو
قول إبراهيم، لأن هذه التكبيرات في حق غير الحاج بمنزلة التلبية في حق الحاج، وفي التلبية لا
تراعى هذه الشروط فكذلك في التكبيرات، وأبو حنيفة احتج بما روي «لا جمعة ولا تسريق إلا
في مصر جامع» قال الخليل والنضر بن شميل: التشريق في اللغة التكبير، ولا يجوز أن يحمل على
صلاة العيد فقد قال في حديث علي عليه السلام: «لا جمعة ولا تسريق ولا فطر ولا ضحى إلا في مصر
جامع» فقد ثبت في الحديث أنه بمنزلة الجمعة في اشتراط المصر فيه، فكذلك في اشتراط الذكورة
والإقامة والجماعة، ولهذا لم يشترط أبو حنيفة فيه الحرية كما لا يشترط في صلاة الجمعة.

(٢) هو بحالد بن سعيد بن عمير الهمداني أبو عمرو الكوفي أحد الأعيان، روى عن الشعبي وأبي الوداك
وطائفة. وعنه ابنه إسماعيل والثوري وابن المبارك وخلق. ضعفه ابن معين. وقال ابن عدي: عامة
ما يرويه غير محفوظ. وقال النسائي: ثقة وعنه ليس بالقوي. روى له مسلم مقروئاً والأربعة.
مات سنة ١٤٤.

(٣) أي أبو يوسف. وهذه مقولة الإمام محمد راوي الكتاب، والحسن هو ابن عمارة والحكم هو ابن
عتيبة.

قلت: روى البيهقي من طريق علي بن عاصم عن خالد الحذاء عن علي بن الأقرع عن أبي
الأحوص عن عبد الله يعني ابن مسعود قال: من لم يدرك الإمام راكعاً لم يدرك تلك الركعة.
وروي عن الوليد بن مسلم عن مالك وابن جريج عن نافع أنه كان يقول: من أدرك الإمام راكعاً
فركع قبل أن يرفع الإمام رأسه فقد أدرك تلك الركعة.

وروي عن أبي هريرة مرفوعاً «من أدرك ركعة من الصلاة فقد أدركها قبل أن يقيم الإمام صلته»
وروي عن شعبة عن عبد العزيز ابن رفيع عن رجل مرفوعاً: «إذا جئتم والإمام راكع فاركعوا،
وإن كان ساجداً فاسجدوا ولا تعتدوا بالسجود إذا لم يكن معه الركوع» وفي رواية «من لم
يدرك الركعة لم يدرك الصلاة» وفي رواية عن أبي هريرة رفعه: «إذا جئتم ونحن سجد فاسجدوا
ولا تعتدوا شيئاً، من أدرك الركعة فقد أدرك الصلاة».

(٤) قال الإمام السرخسي في مبسوطه محتجاً لابن أبي ليلى: لأن حالة الركوع بمنزلة حائة القيام، فإن
القائم إذا يفارق القاعد في استواء النصف الأسفل منه دون النصف الأعلى. والراكع في هذا
والمنتصف سواء، ولهذا لو ركع معه كان مدركاً للركعة فكان إدراكه إياه في حائة الركوع
وإدراكه في حالة القيام سواء، ولو أدركه قائماً ثم سبقه الإمام بالركوع والسجود فإنه يتابعه يركع
ويسجد ويكون مدركاً للركعة كذلك هنا. ولكننا نقول: شرط إدراك الركعة أن يشارك الإمام
في حقيقة القيام أو فيما هو مشبه بالقيام وهو الركوع حتى يكون مدركاً للركعة، فإذا رفع الإمام

وكان أبو حنيفة رحمه الله ينهى عن القنوت في الفجر، وبه نأخذ^(١).
ويحدث به عن رسول الله ﷺ أنه لم يقنت إلا شهراً واحداً حارب حياً من
المشركين فقنت يدعو عليهم^(٢) وأن أبا بكر رضي الله عنه لم يقنت حتى لحق بالله عز وجل، وأن

رأسه قبل أن يركع هو فقد انعدمت المشاركة بينهما في القيام أو فيما هو مشبه بالقيام وهو
الركوع، فإذا أدركه قائماً فقد شاركه في حقيقة القيام وكان مدركاً للركعة. وأما إذا أدركه راكعاً
فهو لم يشاركه في حقيقة القيام فلا بد أن يشركه فيما هو مشبه بالقيام وهو الركوع حتى يكون
مدركاً للركعة، فإذا رفع الإمام رأسه قبل أن يركع فقد انعدمت المشاركة بينهما في القيام وفيما
هو مشبه للقيام فلا يعتمد بتلك الركعة، كما لو أدرك في السجود، إلى أن قال: فأما إذا ركع قبل
أن يرفع الإمام رأسه فهو مشارك للإمام في القيام والركوع جميعاً، أما في الركوع فلا يشك، وفي
القيام لأن حالة الركوع كحالة القيام، فهذا الحرف يقع الفرق بين الفصلين.
(١) قلت: وهو قول الإمام محمد، وقول جميع أصحابنا لا يجوزون القنوت في صلاة الصبح إلا في
النازلة.

(٢) قلت: رواه أبو يوسف في كتاب الآثار عنه عن حماد عن إبراهيم مرسلًا، وكذلك عن إبراهيم عن
علقمة عن عبد الله رضي الله عنه موصولًا، والمرسل أخرجه الإمام محمد أيضًا في آثاره. والموصول أخرجه
الحارثي أيضًا والأشثاني وابن خسرو عن الأشثاني من طريق الإمام أبي يوسف عنه وأخرجه طلحة
وابن خسرو عنه عن أبان بن أبي عياش عن إبراهيم عن علقمة عن عبد الله، وأخرجه الحارثي من
طريق محمد بن بشر عنه عن عطية العوفي عن أبي سعيد الخدري عن النبي ﷺ «أنه لم يقنت إلا
أربعين يومًا يدعو على عصى وذكوان، ثم لم يقنت إلى أن مات». قلت: حديث الدعاء على عصى ورعل وذكوان أخرجه البخاري ومسلم وأصحاب السنن عن
أنس وغيره، وأما فعل أبي بكر فأخرجه أبو يوسف في آثاره عن حماد عن إبراهيم أن أبا بكر رضي الله عنه
لم يقنت حتى لحق بالله تعالى.

وأخرجه الأشثاني وابن خسرو عنه من طريق أبي عبد الرحمن المقرئ عنه عن حماد عن إبراهيم عن
علقمة: ما قنت أبو بكر في الفجر حتى لحق بالله عز وجل، وأخرجاه عنه عن حماد عن إبراهيم
بلفظ: ما قنت أبو بكر ولا عمر ولا علي حتى حارب أهل الشام فكان يقنت.
وأما حديث ابن مسعود فأخرجه الإمام محمد في آثاره عنه عن حماد عن إبراهيم أن ابن مسعود لم
يقنت هو ولا أحد من أصحابه حتى فارق الدنيا، يعني في صلاة الفجر.

وأما حديث عمر رضي الله عنه فأخرجه أبو يوسف ومحمد في آثارهما عنه عن حماد عن إبراهيم عن
الأسود قال: صحبت عمر رضي الله عنه سنتين لم أره قائماً في سقر ولا حضر وأخرجه الحسن بن زياد في
مسنده عنه وابن خسرو من طريق الحسن عنه، وأخرجه أبو يوسف أيضًا في آثاره عنه عن عبد
الملك بن ميسرة عن زيد بن وهب أن عمر كان يقنت إذا حارب ويدع القنوت إذا لم يحارب.
وأخرجه طلحة بن محمد أيضًا من طريق أبي يوسف عنه وابن خسرو من طريق أبي مطيع البلخي
عن شريك بن عبد الله عنه. وأخرجه الطحاوي من طريق أبي شهاب الحياطي عنه.
وأخرجه من طريق مسعر عن عبد الملك بن ميسرة عن زيد بن وهب عنه أنه ربما قنت وربما لم
يقنت. وأما حديث ابن عباس فلم أجد من أخرجه عن الإمام.

ابن مسعود رضي الله عنه لم يفت في سفر ولا في حضر، وأن عمر بن الخطاب رضي الله عنه لم يفت، وأن ابن عباس رضي الله عنهما لم يفت، وأن عبد الله ابن عمر رضي الله عنهما لم يفت. وقال: يا أهل العراق أنبت أن إمامكم يقوم لا قارئ قرآن ولا راكع، يعني بذلك القنوت، وأن علياً رضي الله عنه قنت في حرب يدعو على معاوية فأخذ أهل الكوفة عنه ذلك، وقنت معاوية رضي الله عنه بالشام يدعو على علي رضي الله عنه فأخذ أهل الشام عنه ذلك.

وكان ابن أبي ليلى يرى القنوت في الركعة الأخيرة بعد القراءة وقبل الركوع في الفجر، ويروى ذلك عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قنت مهاتين السورتين: اللهم إنا

وأخرجه الإمام محمد في الحجة عن أبي يوسف عن حصين عن عمرو بن الحارث السلمي قال: صليت مع ابن عباس الصبح مراراً فلم يفت. وأخرجه عن أبي إسرائيل إساعيل بن إسحاق عن طلحة بن مصرف عن مجاهد عن ابن عمر وابن عباس أنهما كانا لا يقتنان.

وأخرجه الطحاوي في معاني الآثار من طريق الثوري عن واقد عن سعيد بن جبير قال: صليت خلف ابن عمر وابن عباس فكانا لا يقتنان في صلاة الصبح. وأخرجه من طريق زائدة عن منصور عن مجاهد أو سعيد أن ابن عباس كان لا يفت في صلاة الفجر.

ورواه من طريق هشيم عن حصين عن عمران بن الحارث السلمي قال: صليت خلف ابن عباس في داره الصبح فلم يفت قبل الركوع ولا بعده.

ورواه عن شعبة عن حصين عن عمران: صليت خلف ابن عباس الصبح فلم يفت. وأما حديث ابن عمر فأخرجه أبو يوسف ومحمد في آثارهما عنه عن الصلت بن هرام عن حوط عن أبي الشعثاء عنه.

وأخرجه الأثناني أيضاً من طريق أبي يوسف عنه وطلحة بن محمد في مسنده من طريق عبد الله بن الزبير عنه بالسند المذكور.

وأما حديث علي رضي الله عنه فمر تخريجه في ضمن حديث أبي بكر رضي الله عنه. وأخرجه أبو يوسف أيضاً في آثاره عنه عن حماد عن إبراهيم أن علياً رضي الله عنه قنت يدعو على معاوية رضي الله عنه حين حاربه فأخذ أهل الكوفة عنه، وقنت معاوية يدعو على علي فأخذ أهل الشام عنه. وكذلك أخرجه محمد في آثاره عنه *.

انظر: الدراية في تخريج أحاديث الهداية للحافظ (١/١٩٤)، وتلخيص الحبير (١/٢٤٥). ونصب الراية للزيلعي (٢/١٢٧، ١٢٨)، وشرح معاني الآثار للطحاوي (١/٢٤٣، ٢٤٥)، والسنن الكبرى للبيهقي (٢/٢١٣)، واختلاف الحديث للإمام الشافعي (ص ٢٣٧)، وحلية العلماء لنفقات (١١/٢) وروضة الطالبين للنووي (١/٢٢٣)، والمجموع له (٣/٤٥٨) وشرح مسلم له أيضاً (٥/١٧٦).

نستعينك ونستغفرك، ونثني عليك الخير، ونشكرك ولا نكفرك، ونخلع ونترك من يفجرك. اللهم إياك نعبد، ولك نصلي ونسجد، وإليك نسعى ونحفد، ونرجو رحمتك ونخشى عذابك، إن عذابك بالكفار ملحق. وكان يحدث عن ابن عباس عن عمر رضي الله عنهم بهذا الحديث^(١). ويحدث عن علي رضي الله عنه أنه قنت^(٢).

باب صلاة الخوف

قال أبو يوسف رضي الله عنه: وكان أبو حنيفة رضي الله عنه يقول في صلاة الخوف^(٣): يقوم الإمام

(١) قلت: رواه الطحاوي في معاني الآثار عن سعيد بن منصور عن هشيم عن ابن أبي ليلى عن عطاء عن عبيد بن عمير قال: صليت خلف عمر رضي الله عنه صلاة الغداة فقنت فيها بعد الركوع وقال في قنوته: اللهم إنا نستعينك. إلى آخر الحديث بلفظ الكتاب.

ورواه عن سعيد عن هشيم عن حصين عن ذر بن عبد الله الهمداني عن سعيد بن عبد الرحمن بن أبزي عن أبيه أنه صلى خلف عمر ففعل مثل ذلك إلا أنه قال: «ونثني عليك ولا نكفرك، ونخشى عذابك إن عذابك الجد».

ورواه عن وهب بن جرير عن شعبة عن عبدة بن أبي لبابة عن سعيد بن عبد الرحمن بن أبزي عن أبيه أن عمر قنت في صلاة الغداة قبل الركوع بالسورتين.

وروي عن وهب عن شعبة عن الحكم عن مقسم عن ابن عباس عن عمر رضي الله عنه أنه كان يقنت في صلاة الصبح بسورتين: اللهم إنا نستعينك، اللهم إياك نعبد.

وروي عن همام عن قتادة عن أبي رافع قال: صليت خلف عمر بن الخطاب صلاة الصبح فقرأ بالأحزاب فسمعت قنوته وأنا في آخر الصفوف.

وروي عن سفيان وإسرائيل عن مخارق عن طارق بن شهاب قال: صليت خلف عمر صلاة الصبح فلما فرغ من القراءة في الركعة الثانية كبر ثم قنت ثم كبر فركع.

(٢) وأخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار [٢٤٥/١] من طريق هشيم عن عطاء بن السائب عن أبي عبد الرحمن عن علي أنه كان يقنت في صلاة الصبح قبل الركوع. ورواه من طريق ابن معقل عنه.

(٣) قال الإمام السرخسي في مبسوطه ج ٢ ص ٤٥: أعلم أن العلماء اختلفوا في صلاة الخوف في فصول: أحدها: أنه مشروع بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم في قول أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف أولا كذلك ثم رجع فقال: كانت في حياته خاصة ولم تبق مشروعة بعده. هكذا ذكره في نوادر أبي سليمان لقوله تعالى: ﴿وَإِذَا كُنْتَ فِيهِمْ فَأَقَمْتَ لَهُمُ الصَّلَاةَ﴾ فقد شرط كونه فيهم لإقامة صلاة الخوف، ولأن الناس كانوا يرغبون في الصلاة خلفه ما لا يرغبون في الصلاة خلف غيره، فشرع بصفة الذهاب والجمي لينال كل فرقة فضيلة الصلاة خلفه، وقد ارتفع هذا المعنى بعده. وكل طائفة يتمكنون من أداء الصلاة بإمام على حدة فلا يجوز لهم أداؤها بصفة الذهاب والجمي. قال الإمام الطحاوي: وهذا القول عندنا ليس بشيء، لأن أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم قد صلوا بعده، قد صلاها حذيفة بطبرستان، وما في ذلك فأشهر من أن يحتاج إلى أن يذكره ههنا، فإن احتج في

وتقوم معه طائفة فيكبرون مع الإمام ركعة وسجدة وسجدة وسجدة مع فينقلون من غير أن يتكلموا حتى يقفوا بإزاء العدو ثم تأتي الطائفة التي كانت بإزاء العدو فيستقبلون التكبير ثم يصلي بهم الإمام ركعة أخرى وسجدة ويسلم الإمام فينقلون هم من غير تسليم ولا يتكلموا فيقوموا بإزاء العدو وتأتي الأخرى فيصلون ركعة وحدا ثم يسلمون، وذلك لقول الله عز وجل: ﴿وَلَتَأْتِ طَائِفَةٌ أُخْرَى لَمْ يُصَلُّوا فَلْيُصَلُّوا مَعَكَ﴾. وكذلك بلغنا عن عبد الله بن عباس وإبراهيم النخعي^(١).

وكان ابن أبي ليلى يقول: يقوم الإمام والطائفتان جميعاً إذا كان العدو بينهم وبين القبلة فيكبر ويكبرون ويركع ويركعون جميعاً ويسجد الإمام والصف والأول ويقوم الصف الآخر في وجوه العدو، فإذا رفع الإمام رفع الصف الأول رءوسهم وقاموا وسجد الصف المؤخر، فإذا فرغوا من سجودهم قاموا ثم تقدم الصف المؤخر، وتأخر الصف الأول فيصلي بهم الإمام الركعة الأخرى كذلك^(٢) ويحدث بذلك ابن أبي ليلى عن

ذلك بقوله تعالى: ﴿وَإِذَا كُنْتَ فِيهِمْ فَأَقَمْتَ لَهُمُ الصَّلَاةَ...﴾ الآية فقال: إنما أمر بذلك إذا كان فيهم فإذا لم يكن فيهم انقطع ما أمر به من ذلك، قيل له: فقد قال عز وجل: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ بِهَا وَصَلِّ عَلَيْهِمْ...﴾ الآية فكان الخطاب هنا له، وقد أجمع أن ذلك معمول به من بعده كما كان يعمل به في حياته. ولقد حدثني أحمد بن أبي عمران أنه سمع أبا عبد الله محمد بن شجاع الثلجي يعيب قول أبي يوسف هذا ويقول: إن الصلاة مع النبي ﷺ وإن كانت أفضل من الصلاة مع الناس جميعاً فإنه لا يجوز لأحد أن يتكلم فيها بكلام يقطعها فلا ينبغي أن يفعل فيها شيئاً لا يفعله في الصلاة مع غيره وأنه يقطعها ما يقطع الصلاة خلف غيره من الأحداث كلها، فلما كانت الصلاة خلقه لا يقطعها الذهاب والمجيء واستدبار القبلة إذا كانت صلاة خوف، كانت خلف غيره كذلك أيضاً - شرح معاني الآثار ج ١ ص ١٨٩.

(١) أخرجهما أبو يوسف ومحمد في آثارهما. أما حديث ابن عباس نعم الإمام عن الحارث عن عبد الرحمن عنه، وأخرجه محمد في كتاب الحجة أيضاً. وأما أثر إبراهيم فأخرجه عنه عن حماد عن إبراهيم. قلت: روى أبو داود والطحاوي والبيهقي عن سفيان عن خضيف عن أبي عبيدة عن ابن مسعود مرفوعاً نحو ما روى الإمام عن إبراهيم. وروى عن ابن عمر مرفوعاً نحوه أخرجه مالك والسنن والطحاوي والبيهقي. وروى أبو داود عن عبد الرحمن ابن سرة أنه صلى في عروة كابل نحوه. وروى عن زيد بن ثابت على ما رواه أبو داود والطحاوي والبيهقي قريباً منه يمكن أن يحمل على ما رواه ابن مسعود، وكذلك صلى بهم سعيد بن العاص بطبرستان حين عمه حذيفة. ورواه الطحاوي وغيره.

(٢) قال في المبسوط ج ٢ ص ٤٦: وكان ابن أبي ليلى يقول: إذا كان العدو في ناحية القبلة حمل الناس صفين وافتتح الصلاة بهم جميعاً، فإذا ركع الإمام ركعوا معه، وإذا سجد الإمام سجد معه الصف

عطاء بن أبي رباح عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما عن رسول الله ﷺ، وكان ابن أبي ليلى يقول: إذا كان العدو في دبر القبلة قام الإمام وصف معه مستقبل القبلة والصف الآخر مستقبل العدو ويكبر ويكبرون جميعاً ويركع ويركعون جميعاً ثم يسجد الصف الذي مع الإمام سجدة ثم يفتلون فيستقبلون العدو ويجيء الآخرون فيسجدون ويصلي بهم الإمام الركعة الثانية فيركعون جميعاً ويسجد معه الصف الذي معه ثم يفتلون فيستقبلون العدو ويجيء الآخرون فيسجدون ويفرغون ثم يسلم الإمام وهم جميعاً.

قال: وإذا جهر الإمام في صلاة لا يجهر فيها بالقراءة عمداً، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: قد أساء وصلاته تامة. وكان ابن أبي ليلى يقول: يعيد بهم الصلاة.

قال: وإذا صلى الرجل أربع ركعات بالليل ولم يسلم فيها، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: لا بأس بذلك. وكان ابن أبي ليلى يقول: أكره ذلك له حتى يسلم في كل ركعتين. وبه نأخذ^(١).

الأول، والصف الثاني قيام يحرسونه، وإذا رفعوا رعوهم سجد الصف الثاني والصف الأول قعود يحرسونه فإذا رفعوا رعوهم سجد الإمام السجدة الثانية وسجد معه الصف الأول والصف الثاني قعود يحرسونهم، فإذا رفعوا رعوهم سجد الصف الثاني والصف الأول قيام يحرسونهم، فإذا رفعوا رعوهم تأخر الصف الأول وتقدم الصف الثاني فصلى بهم الركعة الثانية هذه الصفة أيضاً، فإذا قعد وسلم سلموا معه. واستدل بحديث أبي عياش الزرقى رحمه الله أن النبي صلى صلاة الخوف بعسغان هذه الصفة، وأبو يوسف يجوز صلاة الخوف بهذه الصفة لأنه ليس فيها ذهاب وبجيء. وعندنا إذا كان العدو في ناحية القبلة، فإن صلوا بهذه الصفة أجزأهم وإن صلوا بصفة الذهاب والجيء كما بينا أجزأهم، لأن ظاهر الآية شاهد لذلك قال الله تعالى: ﴿وَلَنَأْتِيَنَّكَ أُخْرَىٰ لَعَلَّكُمْ تَهْتَدُونَ﴾.

- (١) وأخرجه البيهقي من طريق عبدة ويحيى بن سعيد القطان عن عبد الملك عن عطاء عن جابر. وأخرجه أبو داود والطحاوي والبيهقي من طريق أبي الزبير عن جابر. وأخرجه أبو داود والطحاوي والبيهقي عن مجاهد عن أبي عياش الزرقى رحمه الله مثل حديث جابر.
- (٢) قلت: وهو قول الإمام محمد أيضاً، قال في المبسوط ج ١ ص ١٥٨: والأربع أحب إلي. وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله، فأما عندهما فالأفضل ركعتان لحديث ابن عمر رضي الله عنهما قال رسول الله ﷺ: «صلاة الليل مثنى مثنى ففي كل ركعتين فسلم» واستدلوا بالتراويح، فإن الصحابة اتفقوا على أن كل ركعتين منها بتسليم، فدل أن ذلك أفضل. ولنا ما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها سفلت عن قيام رسول الله ﷺ في ليالي رمضان فقالت: كان قيامه في رمضان وغيره سواء، كان يصلي بعد العشاء أربع ركعات لا تسأل عن حسنهن وطوهرن، ثم أربعا لا تسأل عن حسنهن وطوهرن، ثم كان يوتر بثلاث. ولأن في الأربع بتسليم معنى الوصل والتتابع في العادة فهو أفضل. والتطوع نظير الفرائض والفرض في صلاة الليل العشاء وهي أربع بتسليم وكذلك النفل. وأما

قال: وكان أبو حنيفة عليه السلام يكره على الجنائز أربعاً. وكان ابن أبي ليلى يكره حسناً على الجنائز ^(١).

قال: وكان أبو حنيفة عليه السلام يكره أن يجهر بـ "بسم الله الرحمن الرحيم". وكان ابن أبي ليلى يقول: إذا جهرت فحسن، وإذا أخفيت فحسن ^(٢).

قال: وذكر عن ابن أبي ليلى عن رجل توضأ ومسح على خفيه من حدث ثم برغ الحفين قال: يصلي كما هو، وحدث بذلك عن الحكم عن إبراهيم.

وذكر أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم أنه قال: لا يصلي حتى يغسل رجله ^(٣) وبه نأخذ.

قوله: ففي كل ركعة فسلم، معناه فتشهد، والتشهد يسمى سلاماً لما فيه من السلام، وصلاة التراويح إنما جعلوها ركعتين بتسليمة واحدة ليكون أروح على البدن، وما يشترك فيه العامة بين على اليسر، فأما الأفضل فهو أشق على البدن إلخ.

(١) وفي المبسوط (ج ٢ ص ٦٣): والصلاة على الجنائز أربع تكبيرات. وكان ابن أبي ليلى يقول: خمس تكبيرات، وهو رواية عن أبي يوسف. والآثار قد اختلفت في فعل رسول الله ﷺ. فروى الخمس والسبع والتسع وأكثر من ذلك إلا أن آخر فعله كان أربع تكبيرات، فكان هذا ناسخاً لما قبله، وإن عمر عليه السلام جمع الصحابة حين اختلفوا في عدد التكبيرات وقال لهم: إنكم اختلفتم فمن يأتي بعدكم أشد اختلافاً فانظروا آخر صلاة صلاها رسول الله ﷺ على جنازة فخذوا بذلك، فوجدوه صلى على امرأة كبر عليها أربعاً فاتفقوا على ذلك، ولأن كل تكبيرة قائمة مقام ركعة في سائر الصلوات وليس في المكتوبات زيادة على أربع ركعات إلا أن ابن أبي ليلى يقول: التكبيرة الأولى للافتتاح فيبغى أن يكون بعدها أربع تكبيرات كل تكبيرة قائمة مقام ركعة. وأهل الزيد يزعمون أن علياً عليه السلام كان يكر على أهل بيته خمس تكبيرات وعلى سائر الناس أربعاً. وهذا افتراء منهم عليه، فقد روي أنه كبر على فاطمة رضي الله عنها أربعاً. وروي أنه إنما صلى على فاطمة أبو بكر عليه السلام وكبر عليها أربعاً، وعمر صلى على أبي بكر وكبر أربعاً.

(٢) قال الإمام السرخسي في ص ١٧ من المجلد الأول من مبسوطه: وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: يتخير الإمام في التسمية بين الجهر والمخافتة. وهذا مذهبه في كل ما اختلف فيه الأثر كرفع اليد عند الركوع، وتكبيرات العيد، ونحوها، ويستدل بما روي عن النبي ﷺ قال: «من استحجر فليوتر من فعل هذا فقد أحسن، ومن لا فلا حرج» وهذا ضعيف، فإن آخر الفعلين يكون ناسخاً لأولهما والقول بالتخير بين الناسخ والمنسوخ عملاً لا يجوز.

(٣) وأخرجه هو في آثاره أيضاً ومحمد أيضاً في آثاره. قال السرخسي في (ج ١ ص ١٠٢) من مبسوطه: وعن إبراهيم النخعي فيه ثلاثة أقوال: روى حماد عنه كما هو مذهبه، وروى ابن أبي ليلى عن الحكم عنه أنه لا شيء عليه، وروى الحسن ابن عمار عن الحكم عنه أن عليه استقبال الوضوء. وجه هذه الرواية أن انتقاض الوضوء لا يحتمل التجزيء كانتقاضه بالحدث ووجه الرواية الأخرى أن الطهارة الكاملة لا تنتقض إلا بحدث في شيء من الأعضاء، ونزع الخف ليس بحدث، ووجه قولنا أن استتار القدم بالخف كما يمنع سراية الحدث إلى القدم وذلك الاستتار

قال: وذكر عن الحكم^(١) أيضاً عن إبراهيم أنه قال: لا بأس بعد الأي في الصلاة.
قال: وإذا توضأ الرجل بعض وضوئه ثم لم يتمه حتى جف ما قد غسل، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: يتم ما قد بقي ولا يعيد على ما مضى. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: إذا كان في طلب الماء أو في الوضوء فإنه يتم ما بقي، وإن كان قد أخذ في عمل غير ذلك أعاده على ما جف^(٢).

حدثنا ابن أبي ليلى عن الحكم عن سعيد بن جبير^(٣) عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: لا يمسح وجهه من التراب في الصلاة حتى يتشهد ويسلم^(٤) وبه نأخذ. حدثنا أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم أنه كان يمسح التراب عن وجهه في الصلاة قبل أن يسلم^(٥). وكان أبو

بالخلع يزول فيسري ذلك إلى القدم فكأنه توضأ ولم يغسل رجله فعليه غسلهما. والرجلان في حكم الطهارة كشيء واحد، فإذا وجب غسل إحدهما وجب غسل الأخرى ضرورة أنه لا يجمع بين السح والغسل في عضو واحد.

(١) وذكر: أي ابن أبي ليلى مثل ما ذكر فوقه عن الحكم. كذلك روى هنا. قلت: وأخرج أبو يوسف في آثاره عن الإمام عن حماد عن إبراهيم أنه كره عد الأي في الصلاة.

(٢) قال الإمام السرخسي في ميسوطه ص ٥٦: وقال ابن أبي ليلى: إن كان في طلب الماء أجزاءه، لأن ذلك من عمل الوضوء، فإن كان أخذ في عمل آخر غير ذلك وجف وجب علينا إعادة ما جف، وجعله قياس أعمال الصلاة إذا اشتغل في خلالها بعمل آخر. ولنا ما بينا أن المقصود تطهير الأعضاء وذلك حاصل بدون الموالاة والمنصوص عليه في الكتاب غسل الأعضاء، فلو شرطاً الموالاة كان زيادة على النص. وقد بينا أن مواظبة رسول الله ﷺ قد تكون لبيان السنة، وأفعال الصلاة تؤدي بناء على التحريم، والاشتغال بعمل آخر مبطل للتحريم فكان مفسداً، بخلاف الوضوء فإن أركان الوضوء لا تنبي على التحريم حتى لم يكن الكلام في الوضوء مفسداً له. والله أعلم.

(٣) هو سعيد بن جبير، الوالي مولاهم، الكوفي، الفقيه أحد الأعلام. روى عن ابن عباس وابن عمر وعبد الله بن معقل وعدي بن حاتم وحلق، وعنه الحكم وسلمة بن كهيل وسليم الأحول وسليمان الأعمش وأيوب وعمرو بن دينار وخلائق. وقال اللالكائي: إمام حجة. وقال عبد الملك بن أبي سليمان: كان يختم في كل ليلتين. قال ميمون بن مهران: مات سعيد وما على وجه الأرض إلا وهو محتاج إلى علمه. قتل سنة خمس وتسعين كهلاً. قتله الحجاج فما أمهل بعده. قال خلف بن خليفة عن أبيه: شهدت مقتل ابن جبير فلما بان الرأس قال: لا إله إلا الله، فلما قالها الثالثة لم يتسها رحمته الله. قلت: هو من رواة السنة.

(٤) قلت: قال البيهقي [٢٨٦/٢]: وروي عن ابن عباس أنه قال: «لا يمسح وجهه من التراب في الصلاة حتى يتشهد ويسلم» ولم يذكر سنده.

(٥) قلت: وأخرجه عنه في آثاره أيضاً. وأخرجه محمد أيضاً في آثاره. قال محمد: لا يرى بأساً بمسحه ذلك قبل التشهد والتسليم، لأن تركه يؤذي المصلي وربما شغله عن صلاته، وهو قول أبي حنيفة.

باب الزكاة

قال أبو يوسف رحمه الله: وإذا كان على رجل دين ألف درهم وله على الناس دين ألف درهم وفي يده ألف درهم، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: ليس عليه زكاة فيما في يديه حتى يخرج دينه فيزكيه^(٢). وكان ابن أبي ليلى يقول: عليه فيما في يديه الزكاة.
قال: وكان ابن أبي ليلى يقول: زكاة الدين على الذي هو عليه. فقال أبو حنيفة رحمه الله: بل هي على صاحبه الذي هو له إذا خرج، كذلك بلغنا عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه^(٣).

(١) قال في المسوط ص ٢٧: ولو مسح جبهته من التراب قبل أن يفرغ من صلاته لا بأس به، لأنه عمل مفيد فإن التصاق التراب بجبهته نوع مثله فربما كان الحشيش الملتصق بجبهته يؤذيه فلا بأس به. ولو مسح بعد ما رفع رأسه من السجدة الأخيرة لا خلاف في أنه لا بأس به. فأما قبل ذلك فلا بأس به في ظاهر الرواية، وعن أبي يوسف قال: أحب إلي أن يدعه، لأنه يترتب نائباً وثالثاً فلا يكون مفيداً. ولو مسح لكل مرة كان عملاً كثيراً، ومن مشائخنا من كره ذلك قبل الفراغ من الصلاة وجعلوا القول قول محمد رحمه الله في الكتاب: لا، مفصولاً عن قوله: أكرهه فإنه قال في الكتاب: قلت: لو مسح جبهته قبل أن يفرغ من صلاته قال لا أكرهه يعني لا تفعل فإني أكرهه، لحديث ابن مسعود رضي الله عنه: «أربع من الحفاء: أن تبول قائماً، وأن تسمع النداء فلم تجبه، وأن تنفخ في صلاتك، وأن تمسح جبهتك في صلاتك». وتأويله عند من لا يكرهه من أصحابنا المسح باليدين كما يفعله الداعي إذا فرغ من الدعاء في غير الصلاة اهـ. قلت: تأويل قول محمد غير مرضي كما علم من تصريحه في الآثار.

(٢) قال الإمام السرخسي في مبسوطه ج ٢ ص ١٩٥: ثم الديون على ثلاث مراتب عند أبي حنيفة رحمه الله: دين قوي وهو ما يكون بدلاً عن مال كان أصله للتجارة لو بقي في ملكه، ودين وسط وهو أن يكون بدلاً عن مال لا زكاة فيه لو بقي في ملكه ككتاب البذلة والمهنة، ودين ضعيف وهو ما يكون بدلاً عما ليس بمال: كالمهر، وبدل الخلع، والصلح عن دم العمد، ففي الدين القوي لا يلزمه الأداء ما لم يقبض أربعين درهماً فإذا قبض هذا المقدار أدى درهماً وكذلك كلما قبض أربعين درهماً، وفي الدين المتوسط لا يلزمه الأداء ما لم يقبض مائة درهم فحينئذ يؤدي خمسة دراهم، وفي الدين الضعيف لا تلزمه الزكاة ما لم يقبض ويحول الحول عنده، وروى ابن ساعدة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رضي الله عنهم أن الدين نوعان وجعل الوسط كالضعيف، وهو اختيار الكرخي على ما ذكره في المختصر. وقال أبو يوسف وعمره رحمهما الله: الديون كلها سواء لا تجب الزكاة فيها قبل القبض وكلما قبض شيئاً يلزمه الأداء بقدره، قل أو كثر، ما حلا دين الكتابة فإنه لا يجب عليه فيه الزكاة حتى يحول عليه الحول بعد القبض، وذكر الكرخي أن المستثنى عندهما دينان: الكتابة والدية على العاقلة إلخ. قلت: ومعنى قول الإمام ليس عليه زكاة فيما يديه أنه مصروف إلى ما عليه من الدين، ولا يصرف الدين إلى الدين، والله أعلم بالصواب.

(٣) أخرجه الإمام محمد في كتاب الآثار، وكتاب الحجّة [٤٧١/١] عن الإمام عن أنس بن سيرين عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه قال: «إذا كان لك دين على الناس فقبضته مكره ليا مضي».

وهذا نأخذ.

قال: وإذا كانت أرض من أرض الخراج. فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: ليس فيها عشر، لا يجتمع عشر وخراج. وبه نأخذ^(١). وكان ابن أبي ليلي يقول: عليه فيها العشر مع الخراج.

قال: وإذا كانت الأرض من أرض العشر، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: في كل قليل وكثير أخرجت من الحنطة والشعير والزبيب والتمر والذرة وغير ذلك من أصناف الغلة، العشر ونصف العشر. والقليل والكثير في ذلك سواء وإن كانت حزمة من بقل.

قال محمد: وبه نأخذ وهو قول أبي حنيفة، ثم ذكر عن إبراهيم زكاتها على الذي يستعملها ويتنفع بها. قال محمد: ولنا نأخذ بهذا، ولكننا نأخذ بقول علي: زكاتها على صاحبها إذا قبضها زكاهما لما مضى.

قلت: وحديث علي أخرجه أبو عبيد في كتاب الأموال والبيهقي من طريقه عن يزيد بن هارون عن هشام بن حسان عن ابن سيرين عن عبيدة عن علي رحمته الله في الدين الظنون. قال: إن كان صادقاً فليزكه إذا قبضه. قال البيهقي: قال أبو عبيد: قوله. «الظنون» هو الذي لا يدري صاحبه أيقضيه الذي عليه الدين أم لا؟ كانه الذي لا يرجوه. وأخرجه ابن أبي شيبه أيضاً [٣٩٠/٢]. قلت: وأخرج البيهقي من طريق سفيان عن موسى بن عبيدة عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر قال: «زكوا ما كان في أيديكم وما كان من دين في نفقة فهو بمنزلة ما في أيديكم، وما كان من دين ظنون فلا زكاة فيه حتى يقبضه»، وأخرج أبو عبيدة من طريق يحيى ابن أيوب عن عبد الله بن سليمان أو ابن أبي سليمان عن سعيد بن أبي هلال عن أبي النضر عن ابن عباس قال في الدين: إذا لم ترجأ أخذه فلا تركه حتى تأخذ فإذا أخذه فزكه عنه ما عليه - من ص ٤٣٢.

(١) قال الإمام السرخسي في مبسوطه ج ٢ ص ٢٠٨: وجه قولنا ما روي عن ابن مسعود رحمته الله موقوفاً ومرفوعاً إلى رسول الله ﷺ قال: «لا يجتمع العشر والخراج في أرض رجل مسلم» ولأن أخذاً من أئمة العدل والخور لم يأخذ العشر من أرض السواد مع كثرة احتياطهم لأخذ أموال الناس، وكفى بالإجماع حجة، ثم الخراج والعشر كل واحد منهما مؤنة الأرض النامية ولا يجتمع المؤنتان بسبب أرض واحدة وسببهما لا يجتمع، فإن سبب وجوب الخراج فتح الأرض عنوة وثبوت حق الغانمين فيها، وسبب وجوب العشر لإسلام أهل البلدة طوعاً وعدم ثبوت حق الغانمين فيها وبينهما تواف، فإذا لم يجتمع السببان لا يثبت الحكمان جميعاً. قلت: أما حديث ابن مسعود فأخرجه الحارثي وطلحة بن محمد والأشثاني وابن حنبل من طريقه والقاضي أبو بكر كلهم من طريق يحيى عن عنبسة عن الإمام أبي حنيفة عن حماد عن إبراهيم عن علقمة عن عبد الله بن مسعود رحمته الله قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يجتمع على مسلم عشر وخراج في أرض» *

* انظر: شرح فتح القدير لابن الهمام (٢٠٨/٢).

وكذلك حدثنا أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم^(١). وكان ابن أبي ليلى يقول: ليس في شيء من ذلك عشر إلا في الحنطة والشعير والتمر والزبيب. ولا يكون فيه العشر حتى يبلغ خمسة أوسق فصاعدًا. والوسق عندنا: ستون صاعًا. والصاع محتوم بالحاجي^(٢) وهو ربع بالهاشمي الكبير، وهو ثمانية أرتال. والمد رطلان، وبه نأخذ^(٣). وقال أبو يوسف: ليس في البقول والخضراوات عشر ولا أرى في شيء من ذلك عنرا إلا الحنطة والشعير والحبوب. وليس فيه شيء حتى يبلغ خمسة أوسق^(٤).

(١) وأخرجه عنه في الخراج والائثار أيضًا.

وأخرجه الإمام محمد في آثاره هكذا من قول إبراهيم. وأخرجه ابن خسر في مسنده من طريق أبي مطيع عنه عن أبان بن أبي عياش عن أنس مرفوعًا: «في كل شيء أخرجت الأرض العشر أو نصف العشر» قال أبو حنيفة: ولم يذكر صاعكم.

قلت: وأخرجه البزار عن قتادة عن أنس. وروى البخاري [٥٤٠/٢] عن ابن عمر رفعه: «فيما سقت السماء والعيون أو كان عثريا العشر، وفيما سقي بالنضح نصف العشر» وروى ابن ماجه [٥٨١/١] عن معاذ^(٥): «بعثني النبي ﷺ إلى اليمن فأمرني أن آخذ مما سقت السماء وما سقي بقلادة، العشر، وما سقي بالدوالي نصف العشر».

(٢) في المغرب: والحجاج في الأعلام يحتمل أن يكون من الحج: الغلبة بالحجة، أو من القصد. وبه سمي ابن يوسف وإليه ينسب الصاع، لأنه اتخذ على صاع عمر^(٦) فيقال: الصاع الحاجي والقفير الحاجي، وهو ربع الهاشمي، وهو ثمانية أرتال. وفيه والمختوم الصاع بعينه عن أبي عبيد، ويشهد له حديث الخدري: «الوسق ستون مخنومًا».

قلت: روى يحيى بن آدم القرشي عن إسرائيل عن أبي إسحاق قال: قدم علينا الحجاج من المدينة فقال: إني قد اتخذت لكم مخنومًا على صاع عمر بن الخطاب. قال أبو عبيد في الأموال: وإنما سمي مخنومًا لأن الأمراء جعلت على أعلاه خاتمًا مطبوعًا لئلا يزداد فيه ولا ينقص منه.

(٣) وفي المبسوط (ج ٣ ص ٢): ثم عند أبي حنيفة العشر يجب في القليل من الخارج وكثيره ولا يعتبر فيه النصاب لعموم الحديثين، يعني هما قوله عليه السلام: «ما سقت السماء ففيه العشر، وما أخرجت الأرض ففيه العشر» وما روي عن ابن عباس أنه حين كان واليًا بالبصرة أخذ العشر من البقول من كل عشر دستجات دستجة، كما روينا، ولأن النصاب في أموال الزكاة كان معتبرًا لحصول صفة الغنى للمالك بها وذلك غير معتبر لإيجاب العشر فإن أصل المال هنا لا يعتبر فهو وخمس الركاز سواء. والأصل عندهما أنه لا يجب العشر، فيما دون خمسة أوسق مما يدخل تحت الوسق، والوسق ستون صاعًا، فخمسة أوسق ألف ومائتا من. واحتجا فيه بقوله ﷺ: «نيس فيما دون خمسة أوسق صدقة». وأبو حنيفة يقول: تأويل الحديث زكاة التجارة، فإنهم كانوا يتبايعون بالأوساق كما ورد به الحديث فقيمة خمسة أوسق مائتا درهم. والتفصيل في المبسوط.

(٤) وفي المبسوط ج ٣ ص ٢: والأصل عند أبي يوسف ومحمد أن ما ليست له شرة باقية مقصودة ولا شيء فيه كالبقول والخضر والرياحين، إنما العشر فيما له شرة باقية مقصودة. واحتجا فيه بحديث موسى بن طلحة عن أبيه أن النبي ﷺ قال: «ليس في الخضراوات صدقة» وتأويله عند أبي حنيفة

قال: وإذا كان لرجل إحدى وأربعون بقرة، فإن أبا حنيفة عليه السلام كان يقول: إذا حال عليه الحول ففيها مسنة وربع عشر مسنة^(١) وما زاد فيحساب ذلك إلى أن تبلغ ستين بقرة. وأظنه حدثه أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم. وكان ابن أبي ليلى يقول: لا شيء في الزيادة على الأربعين حتى تبلغ ستين بقرة. وبه نأخذ. وبلغنا عن رسول الله ﷺ أنه قال: ولا شيء في الأوقاص^(٢) والأوقاص عندنا ما بين الفريضتين. وبه نأخذ^(٣).

صدقة تؤخذ: أي لا يأخذ العاشر من الخضراوات إذا مر بها عليه ثم قال: ما كان ثمنها عادة يتيسر وجوده على الغني والفقير فلا يجب فيه حق الله تعالى كما لا تجب الزكاة في الصيد والخطب والحنش. وإنما يجب حق الله فيما يعز وجوده فينا له الأغنياء دون الفقراء كالسواك ومال التجارة فكذلك هنا ما له ثمرة باقية بعز وجوده، فأما الخضراوات فتأفة عادة، وهذه أوجبنا في الزعفران، ولم نوجب في الورد والورد لأن لا ينتفع بهما انتفاعاً عاماً، وأبو يوسف أوجب في الحناء لأنه ينتفع به انتفاعاً عاماً، ولم يوجب فيه محمد لأنه من الرياحين. وفي الثوم والبصل روايتان عن محمد قال في إحدى الروايتين: هما من الخضراوات فلا شيء فيهما، وفي الرواية الأخرى قال: يقعان في الكيل ويقعان في أيدي الناس من حول إلى حول فيجب فيهما العشر. والبطيخ والقثاء، والخيار، لا شيء فيهما عندهم، لأنها من الرطاب وبررها غير مقصود فلا يكون معتبراً، وكذلك النمار قال: لا شيء في الكمثرى والخوخ والمشمش والإجاص، وما يجفف منها لا يعتبر. وأوجبنا في الجوز واللوز العشر، وفي القسق على قول أبي يوسف العشر، وعلى قول محمد لا يجب.

(١) زاد في المبسوط ج ٢ ص ١٨٧: أو ثلث عشر تبع. فلعلة سقط هنا من الأصل قلت: وروى الحسن عنه أنه لا يجب في الزيادة شيء حتى تبلغ خمسين ففيها مسنة أو ربع مسنة أو ثلث تبع، وروى أسد بن عمرو عنه أنه ليس في الزيادة شيء حتى تكون ستين ففيها تبعان. وهو قول أبي يوسف ومحمد.

(٢) رواه البزار والدارقطني من طريق المسعودي عن الحكم عن طاوس عن ابن عباس قال: بعث رسول الله ﷺ معاذاً إلى اليمن - الحديث فلما رجع سأل النبي ﷺ عنه يعني الوقص فقال: «ليس فيها شيء» * قال المسعودي: الأوقاص ما بين الثلاثين إلى الأربعين، والأربعين إلى الستين. قال البزار: تفرد به بقية عن المسعودي، وتابعه الحسن بن عمار عن الحكم، ورواه الحفاظ عن الحكم عن طاوس مرسلًا - دراية.

(٣) وهو قول محمد أيضاً. وجه قول الإمام أن نصب النصاب بالرأي لا يكون وإنما يكون طريق معرفته النص ولا نص فيما بين الأربعين إلى الستين فإذا تعدى اعتبار النصاب فيه أوجبنا الزكاة في قلبه وكثيره بحساب ما سبق، وحديث معاذ عليه السلام المراد به حال قلة العدد في الابتداء. فإن الوقص في الحقيقة اسم لما لم يبلغ نصاباً وذلك في الابتداء يكون. وقيل المراد بالأوقاص انصغار زهر العجاجيل وبه تقول إنه لا شيء فيها - من المسوط.

* رواه الدارقطني (٩٩/٢)، والبيهقي (٩٩/٤)، وانظر نصب الراية (٣٤٨/٢)، والدرية (٢٥٢/١).

قال: وإذا كان للرجل عشرة مثاقيل ذهب ومائة درهم فحال عليها الحمل، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول في الزكاة: يضيف أقل الصنفين إلى أكثرهما ثم يركبه إن كانت الدنانير أقل من عشرة دراهم بدینار تقوم الدراهم دنانير ثم يجمعها جميعاً فتكون أكثر من عشرين مثقالاً من الذهب فيزكها في كل عشرين مثقالاً نصف مثقال فما زاد فليس فيه شيء من الزكاة حتى يبلغ أربعة مثاقيل فيكون فيها عشر مثقال. وإذا كانت الدنانير أكثر من عشرة دراهم بدینار قوم الدنانير دراهم وأضافها إلى الدراهم فتكون أكثر من مائتي درهم. ففي كل مائتين خمسة دراهم ولا شيء فيما زاد على المائتين حتى يبلغ أربعين درهماً، فإذا بلغت ففي كل أربعين زادت بعد المائتين درهم. وكان ابن أبي ليلى يقول: لا زكاة في شيء من ذلك حتى يبلغ الذهب عشرين مثقالاً وتبلغ الفضة مائتي درهم ولا يضيف بعضها إلى بعض ويقول: هذا مال مختلف بمنزلة رجل له ثلاثون شاة وعشرون بقرة وأربعة أبعرة فلا يضاف بعضها إلى بعض^(١). وقال ابن أبي ليلى: ما زاد على المائتي

قلت: قال في المغرب: الوقص دق العنق وكسرها. والوقص أيضاً ما بين الفريصتين كالشق. وقيل الأوقاص في البقر والشناق في الإبل.

(١) وفي المبسوط ج ٢ ص ١٩٢: ولنا حديث بكير بن عبد الله بن الأشج رحمته الله قال: من السنة أن يضم الذهب إلى الفضة لإيجاب الزكاة، ومطلق السنة بنصرف إلى سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم، ولأنهما مالا ن يكمل نصاب أحدهما بما يكمل به نصاب الآخر فيكمل نصاب أحدهما بالآخر كالسود مع البيض والنيسابوري من الدنانير مع الطروي. وبيان الوصف أن نصاب كل واحد منهما يكمل بمال التجارة، وهذا لأنهما وإن كانا جنسين مختلفين صورة ففي حكم الزكاة هما جنس واحد حتى يتفق الواجب فيهما فيتقدر بربع العشر على كل حال، ووجوب الزكاة فيهما باعتبار معنى واحد وهو المالية القائمة باعتبار أصلهما، فإذا وجبت الزكاة عند ضم أحدهما إلى الآخر احتلفت الرواية فيما يؤدي فروق الحسن بن أبي مالك عن أبي يوسف عن أبي حنيفة أنه يؤدي من مائة درهم درهمين ونصفاً ومن عشرة مثاقيل ذهب ربع مثقال وهو إحدى الروايتين عن أبي يوسف، ووجهه أنه أقرب إلى المعادلة والنظر من الجانبين، وعن أبي يوسف في رواية أخرى أنه يقوم أحدهما بالآخر ثم يؤدي الزكاة من نوع واحد، وهذا أقرب إلى موافقة نصوص الشريعة. ثم اختلفوا في كيفية الضم فقال أبو حنيفة: يضم أحدهما إلى الآخر باعتبار القيمة، وقال أبو يوسف وعمره: باعتبار الأجزاء، وهو إحدى الروايتين عن أبي حنيفة، ذكره في نوادر هشام. وبيان ذلك أنه إذا كان له مائة درهم وخمسة مثاقيل ذهب تساوي مائة درهم أو خمسون درهماً وعشرة مثاقيل ذهب تساوي مائة وخمسين درهماً، فعند أبي حنيفة يضم أحدهما إلى الآخر ونجب الزكاة، وعند عمره يضم باعتبار الأجزاء وقد ملك نصف نصاب أحدهما وربع نصاب الآخر فلا يجب فيها شيء. ثم إن عند أبي حنيفة يعتبر في التقويم منفعة الفقراء كما هو أصله حتى روي عنه أنه إذا كان الرجل مائة وخمسة وتسعون درهماً ودينار يساوي خمسة دراهم أنه نجب الزكاة، وذلك أن يقوم الذهب

الدرهم والعشرين المثقال من شيء فبحساب ذلك ما كان من قليل أو كثير. وهذا نأخذ في الزيادة^(١). وقال أبو حنيفة رحمه الله ليس فيما زاد على المائتين شيء حتى يبلغ أربعين درهماً. وكذلك بلغنا عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه^(٢). وقال أبو يوسف رحمه الله لا يقوم الذهب ولا الفضة إنما الزكاة على وزنه، جاءت بذلك السنة، إن كان له منها خمسة عشر مثقالاً ذهباً لم يكن عليه فيها زكاة ولو كان قيمتها ألف درهم، لأن الحديث إنما جاء في عشرين مثقالاً. ولو كان له مع ذلك أربعون درهماً لم يزكه حتى يكون خمسين درهماً، فإذا كمل من الأخرى أوجبت فيه الزكاة. وكذلك لو كان نصف من هذا ونصف من هذا ففيه الزكاة فيضيف بعضه إلى بعض ويخرجه دراهم أو ذنانير، وإن شاء زكى الذهب والفضة بحصتهما أي ذلك فعل أجزاءه. ولو كان له مائتا درهم وعشرة مثاقيل زكى المائتي درهم بخمسة دراهم وزكى العشرة المثاقيل بربع مثقال.

قال: ولو أن رجلاً له مائتا درهم وعشرة مثاقيل ذهباً، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان

بالفضة. إلى أن قال محتجاً للإمام: أبو حنيفة يقول: هما عينا وجب ضم أحدهما إلى الآخر لإيجاب الزكاة فكان الضم باعتبار القيمة كعروض التجارة، وهذا لأن كمال النصاب لا يكون إلا عند اتحاد الجنس وذلك لا يكون إلا باعتبار صفة المالية دون العين، فإن الأموال أجناس باعتبار أعيانها، جنس واحد باعتبار صفة المالية فيها إلخ.

(١) وبه قال محمد وهو قول علي وابن عمر وإبراهيم النخعي رضي الله عنهم. وقال طائفة: لا يجب في الزيادة شيء حتى تبلغ مائتي درهم، ويجب في كل مائتي درهم خمسة دراهم. واحتجوا بحديث علي بن أبي طالب رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «في مائتي درهم خمسة دراهم وما زاد فبحساب ذلك». واحتج أبو حنيفة بحديث عمرو بن حزم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «وفي كل مائتي درهم خمسة دراهم وفي كل أربعين درهماً درهم» ولم يرد به في الابتداء فعلم أن المراد به بعد المائتين. وفي حديث معاذ أن النبي صلى الله عليه وسلم قال له: «لا تأخذ من الكسور شيئاً وفي مائتي درهم خمسة دراهم فما زاد على ذلك ففي كل أربعين درهماً درهم» وقاس بالسوائم ففيها وقصر بعد النصاب الأول، وكذلك في النقود بعلّة أن الزكاة واجبة في الكل على وجه يحصل به النظر للفقراء وأرباب الأموال. وحديث علي رضي الله عنه لم ينقله أحد من الثقات مرفوعاً إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فالمصير إلى ما رويناه أولى بمبسوط (٣٣/١١).

(٢) وهو قول عمر رضي الله عنه كما في المبسوط (٣٢/١١).

(٣) وفي الجوهر النقي: وروينا من طريق ابن أبي شيبة عن عبد الرحمن بن سليمان عن عاصم الأحول عن الحسن البصري قال: كتب عمر إلى أبي موسى: فما زاد على المائتين ففي كل أربعين درهماً درهم. قال: وأخرجه الطحاوي في أحكام القرآن (٣٥٧/٤) من وجه آخر عن أنس عن عمر نحوه قال: وروى ابن أبي شيبة (٣٥٥/٢) بسند صحيح عن محمد الباقر رفعه: «إذا بلغت خمس أواق ففيها خمسة دراهم وفي كل أربعين درهماً درهم».

يقول: إذا حال عليها الحول يضيف بعضه إلى بعض ويتركه كله. وقال ابن أبي ليلى: هذان مالان مختلفان تجب الزكاة على الدراهم ولا تجب على الذهب. وقال أبو يوسف: فيه الزكاة كله، ألا ترى أن التاجر يكون له المتاع للتجارة وهو مختلف فيقومه ويضيف بعضه إلى بعض ويتركه؟ وكذلك الذهب والفضة. وقد بلغنا عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه أمر رجلاً تاجراً أن يقوم تجارته عند الحول فيتركها ^(١).

(١) رواه أبو عبيد في الأموال عن يحيى بن سعيد وأبي معاوية وي زيد أي ابن هارون عن يحيى بن سعيد عن عبد الله بن أبي سلمة عن أبي عمرو بن حماس عن أبيه قال: «مر بي عمر فقال: يا حماس أد زكاة مالك، فقلت: ما لي مال إلا جعاب وأدم فقال: قومها قيمة ثم أد زكاتها» وأخرجه الشافعي وأحمد وعبد الرزاق وابن أبي شيبة وسعيد بن منصور والبيهقي والدارقطني عنه رحمهم الله.

• رواه الدارمي (١/٤٦٧).

باب الصيام

قال أبو يوسف رحمته الله: وإذا اكتحل الرجل في شهر رمضان أو غير رمضان وهو صائم، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: لا بأس بذلك. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يكره ذلك ^(١) ويكره أن يدهن شارب به يحد طعمه وهو صائم. قال: وإذا صام الرجل يوماً من شهر رمضان فشك أنه من شهر رمضان ثم علم بعد ذلك أنه من رمضان، فإن أبا حنيفة رحمته الله قال: يجزيه. وبه نأخذ ^(٢). وكان ابن أبي ليلى يقول: لا يجزيه ذلك وعليه قضاء يوم مكانه.

(١) وفي المبسوط ج ٣ ص ٦٧: والاكتحال لا يضر الصائم وإن وجد طعمه في حلقه. وكان إبراهيم يكره للصائم أن يكتحل، وابن أبي ليلى كان يقول: إن وجد طعمه في حلقه فطره لوصول الكحل إلى باطنه. ولنا حديث أبي رافع «أن النبي صلى الله عليه وسلم دعا بمكحلة إشد في رمضان فاكتحل وهو صائم». وعن ابن مسعود قال: «خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم عاشوراء من بيت أم سلمة وعيناه مملوءتان كحلا كحلته أم سلمة». وصوم يوم عاشوراء في ذلك الوقت كان فرضاً ثم صار منسوخاً، ثم ما وجد من الطعم في حلقه أثر الكحل لا عينه كمن ذاق شيئاً من الأدوية المرة يجد طعمه في حلقه فهو قياس الغبار والدخان، وإن وصل عين الكحل إلى باطنه فذلك من قبل المسام لا من قبل المسالك إذ ليس من العين إلى الخلق مسلك، فهو نظير الصائم يشرع في الماء فيجد برودة الماء في كبده وذلك لا يضره. وعلى هذا إذا دهن الصائم شارب به. فأما السعوط والرجور بفطره لوصوله إلى أحد الجوفين إما الدماغ أو الجوف، والفطر مما يدخل. ولا كفارة عليه لأن معنى الجنابة لا يتم به، فإن اقتضاء الشهوة لا يحصل به إلا في رواية هشام عن أبي يوسف أن عليه الكفارة إذا لم يكن به عذر.

(٢) قال في المبسوط ج ٣ ص ٦٠: ولنا حديث علي وعائشة رضي الله عنهما أنهما كانا يصومان يوم الشك، وكانا يقولان: لأن نصوم يوماً من شعبان أحب إلينا أن نفطر يوماً من رمضان، وإنما كانا يصومان بنية النفل، لإجماعنا على أنه لا يباح صوم يوم الشك بنية الفرض فلولا أن عند التبين يجوز الصوم عن الفرض لم يكن لهذا التحرز منها معنى.

وقال في ص ٦٣: رجل أصبح صائماً في رمضان قبل أن يتبين أنه من رمضان ثم تبين أنه منه فصومه جائز وقد أساء حين تقدم الناس، ومراده في هذا يوم الشك، ومعنى الشك أن يستوي طرف العلم وطرف الجهل بالشيء، وإنما يقع الشك من وجهين:

إما إن غم هلال شعبان فوقع الشك أنه اليوم الثلاثون منه أو الحادي والثلاثون أدغم هلال رمضان فوقع الشك في اليوم الثلاثين أنه من شعبان أو من رمضان، ولا خلاف أنه يكره الصوم فيه بنية الفرض لقوله صلى الله عليه وسلم: «لا تقدموا رمضان بصوم يوم ولا يومين» ولأنه حين نوى الفرض فقد اعتقد الفريضة فيما ليس بفرض وذلك كاعتقاد النفلية فيما هو فرض، ولكن مع هذا إذا تبين أن اليوم من رمضان فصومه تام، لأن النهي ليس لعين الصوم فلا يؤثر فيه. فأما إذا صام فيه بنية النفل فلا بأس به عندنا، وهو الأفضل.

قال: وإذا أفطرت المرأة يوماً من رمضان متعمدة ثم حاضت من آخر الشهر، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: ليس عليها كفارة وعليها القضاء. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: عليها الكفارة وعليها القضاء ^(١).

قال: وإذا وجب على الرجل صوم شهرين من كفارة إفطار من رمضان، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: ذاك الشهران متتابعان ليس له أن يصومهما إلا متتابعين. وذكر أبو حنيفة نحوه من ذلك عن النبي صلى الله عليه وسلم ^(٢). وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: ليساً بمتتابعين ^(٣).

(١) وفي المبسوط ج ٣ ص ٧٥: رجل جامع امرأته في يوم من رمضان ثم حاضت المرأة ومرض الرجل في ذلك اليوم، سقطت عنهما الكفارة عندنا، وعلى قول ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى لا تسقط. إلى أن قال: وقال زفر: تسقط عنها بعذر الحيض ولا تسقط عنه بعذر المرض. وجه قول ابن أبي ليلى أن السبب الموجب للكفارة قد تم وهو الفطر فوجبت الكفارة ديناً في الذمة، والحيض والمرض لا ينفي بقاء الكفارة، ثم الحيض والمرض لم يصادف الصوم هنا فاعتراضهما في اليوم والليلة سواء، وهو قياس السفر بعد الفطر لا يسقط الكفارة ليلاً أو نهاراً. وزفر رحمه الله تعالى يفرق ويقول: الحيض ينفي الصوم وصوم يوم واحد لا يتجزى فتقرر المنافي في آخره يمكن شبهة المنافاة في أوله فأما المرض لا ينفي الصوم فلا يتمكن بالمرض في آخر النهار شبهة المنافاة في أوله للصوم. ولكننا نقول: المرض ينفي استحقاق الصوم بدليل أنه لو لم يفطر حتى مرض يباح نه الفطر. والكفارة لا تجب إلا بالفطر في صوم مستحق واستحقاق الصوم في يوم واحد لا يتجزأ فتقرر المنافاة للاستحقاق في آخر النهار يمكن شبهة منافاة الاستحقاق في أوله، بخلاف السفر فإنه غير مناف للاستحقاق، حتى لو لم يفطر حتى سافر لا يباح له الفطر فلا يتمكن بالسفر في آخر النهار شبهة في أوله، بخلاف ما إذا لم يفطر حتى سافر ثم أفطر لأن سقوط الكفارة هناك باعتبار الصور المبيحة، والصور المبيحة إنما تعمل إذا اقترنت بالسبب، ولا إسناد في الصوم، إنما ذلك في المعاني، ثم السفر نعله، والكفارة إنما وجبت حقاً لله تعالى فلا يسقط بفعل العبد باختياره، بخلاف المرض والحيض فإنه مساوي لا صنع للعباد فيه، فإذا جاء العذر ممن له الحق سقطت به الكفارة، فإن سافر به مكرها فقد ذكر في اختلاف زفر ويعقوب رحمهما الله تعالى أن على قول أبي يوسف رحمته الله لا تسقط به الكفارة، لأن الصنع للعباد فيه، فهو قياس ما لو أكره على الأكل بعد ما أفطر، وعلى قول زفر رحمه الله تعالى تسقط، لأنه لا صنع له فيه. ولا اعتماد على هذه الرواية عن زفر رحمه الله تعالى، فإن عنده بالمرض لا تسقط الكفارة فبالسفر مكرها كيف تسقط!!.

(٢) أخرجه أبو يوسف عن الإمام عن عطاء عن سعيد بن المسيب مرسلًا وكذلك أخرجه الإمام الحسن بن زياد في مسنده، وطلحة بن محمد وابن المظفر وابن خسرو عنه. وأخرجه الإمام محمد في الموطأ عن مالك والبخاري من طريق شعيب كلاهما عن الزهري عن حميد بن عبد الرحمن عن أبي هريرة مسنداً موصولاً وفيه: شهرين متتابعين، والحديث هذا أخرجه الأئمة في كتبهم.

(٣) قال الإمام السرخسي في المبسوط: والصوم مقدر بالشهرين بصمة التتابع إلا على قول ابن أبي ليلى فإنه يقول: إن شاء تابع، وإن شاء فرق بالقياس على القضاء، وما رويناه من الآثار حجة عليه.

اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى

قال: وإذا توضأ الرجل للصلاة المكتوبة فدخل الماء حلقه وهو صائم في رمضان ذاكراً لصومه، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: إن كان ذاكراً لصومه حين توضأ فدخل الماء حلقه فعليه القضاء، وإن كان ناسياً لصومه فلا قضاء عليه. وذكر ذلك أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم ^(١).

وكان ابن أبي ليلى يقول: لا قضاء عليه إذا توضأ لصلاة مكتوبة، وإن كان ذاكراً لصومه.

وقد ذكر عن عطاء عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: إذا توضأ لصلاة مكتوبة وهو صائم فدخل الماء حلقه فلا شيء عليه، وإن كان توضأ لصلاة تطوع فعليه القضاء.

قلت: أشار إلى ما ذكر من الأحاديث التي ذكرها قبيل ذلك. منها الحديث الذي ذكرت تخريجه، ومنها ما ذكره بقوله: ولنا قول النبي ﷺ: «من أفطر في رمضان متعمداً فعليه ما على المظاهر». قلت: قال في الدراية: لم أجده هكذا.

وأخرجه الدارقطني (أي حديث الأعرابي) من طريق مجاهد عن أبي هريرة أن النبي ﷺ أمر الذي أفطر يوماً من رمضان بكفارة الظهار إلخ.

(١) وأخرجه عنه من طريق الإمام في آثاره أيضاً. وأخرجه الإمام محمد أيضاً في آثاره عنه. قال محمد: وبه نأخذ إن كان ذاكراً لصومه، فإذا كان ناسياً لصومه فلا قضاء عليه، وهو قول أبي حنيفة.

قلت: قال الإمام السرخسي في مبسوطه ج ٣ ص ٦٦: ولنا ما روي أن النبي ﷺ قال للقيط بن صبرة: «بالغ في المضمضة والاستنشاق إلا أن تكون صائماً» فأنهى عن المبالغة التي فيها كمال السنة عند الصوم دليل على أن دخول الماء في حلقه مفسد لصومه، ولأن ركن الصوم قد انعدم مع عذر الخطأ، وأداء العبادة بدون ركنها لا يتصور، وهكذا القياس في الناسي، لكننا تركناه بالسنة وهذا ليس في معناه، لأن التحرز عن النسيان غير ممكن والتحرز عن مثل هذا الخطأ ممكن. ثم ركن الصوم قد انعدم معنى، فإن الذي حصل له وإن كان مخطئاً قد انعدم صورة لا معنى بأن يتناول حصاة فسد صومه، فإذا انعدم معنى أولى، لأن مراعاة المعاني في باب العبادات أبين من مراعاة الصور. وكان ابن أبي ليلى يقول: إن كان وضوؤه فرضاً لم يفسد صومه، وإن كان نقلاً فسد صومه لهذا.

وقال بعض أهل الحديث: إن كان في الثلاث لا يفسد صومه، وإن جاوز الثلاث يفسد صومه، ومنهم من فصل بين المضمضة والاستنشاق في الوضوء والجنابة والاعتماد على ما ذكرنا. وتأويل الحديث (عني به «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان. وما استكروها عليه» كما ذكره قبل هذا الاستدلال) أن المراد رفع الإثم دون الحكم وبه نقول. قلت: حديث لقيط بن صبرة أخرجه البيهقي من طريق سفيان عن إسماعيل بن كثير عن عاصم بن لقيط بن صبرة عن أبيه.

باب في الحج

قال أبو يوسف: وكان أبو حنيفة رحمته الله يقول: لا تشعر البدن ويقول: الإشعار ^(١) مثله. وكان ابن أبي ليلى يقول: الإشعار في السنام من الجانب الأيسر. وبه تأخذ.

قال: وإذا أهل الرجل بعمره فأفسدها فقدم مكة وقضاها، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: يجزيه أن يقضيها من التنعيم. وبه تأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: لا يجزيه أن يقضيها إلا من ميقات بلاده ^(٢).

قال: وإذا أصاب الرجل من صيد البحر شيئاً سوى السمك، فإن أبا حنيفة رحمته الله

(١) وفي مبسوط السرخسي ج ٤ ص ١٣٨: وأما الإشعار فهو مكروه عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وعندهما هو حسن في البدنة وإن ترك لم يضره. وصفة الإشعار هو أن يضرب بالمبضع في أحد جانبي سنام البدنة حتى يخرج الدم منه ثم يلطخ بذلك الدم سنامه. سمي ذلك إشعاراً بمعنى أنه جعل ذلك علامة له.

والإشعار: هو الإعلام. وكان ابن أبي ليلى يقول: الإشعار في الجانب الأيسر من السنام. وقد صح في الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم أشعر البدن بيده. وهو مروي عن الصحابة ظاهر حتى قال الطحاري: ما كره أبو حنيفة أصل الإشعار وكيف يكره ذلك مع ما اشتهر فيه من الآثار؟! وإضا كره إشعار أهل زمانه، لأنه رآهم يستقصون ذلك على وجه يخاف منه هلاك البدنة لسرايته خصوصاً في حر الحجاز فرأى الصواب في سد هذا الباب على العامة، لأنهم لا يراعون الحد. فأما من وقف على ذلك بأن قطع الجلد فقط دون اللحم فلا بأس بذلك. ثم حجتهما من حيث المعنى، لأن المقصود من الإشعار والتقليد لإعلام بأنها بدنة حتى إذا ضلت ردت، وإذا وردت الماء والعلف لم ضنع، لكن هذا المقصود بالتقليد لا يتم لأن القلادة تحل ويحتمل أن تسقط منه قابلاً يتم بالإشعار لأنه لا يفرقه فكان الإشعار حسناً لهذا. وأبو حنيفة يقول: معنى الإعلام بالتقليد يحصل، وهو لإكرام البدنة، وليس في الإشعار معنى الإكرام، بل ذلك يؤدي البدنة، ولأن التجليل مندوب إليه، وإنما كان مندوباً لدفع أذى الذباب، والإشعار من جواب الذباب فلهذا كرهه أبو حنيفة رحمته الله.

(٢) قال السرخسي في كتاب اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى من مبسوطه محتجاً لابن أبي ليلى: لأنه إذا يقضي ما فاته فعليه أن يقضيها كما فاته. ثم القضاء بصفة الأداء، فإذا كان هو في أداء هذه العمرة إنما أحرم لها من النيات فكذلك في القضاء، ولكننا نستدل بحديث عائشة رضي الله عنها، فإنها لما حاضت بسرف بعد ما أحرمت قال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم: «ارفضي عمرتك واصنعي جميع ما يصنع الحاج غير أن لا تطوفي بالبيت» ثم أمر أخاها عبدالرحمن بن أبي بكر رضي الله عنهما أن يعمرها من التنعيم مكان عمرتها التي فاتتها، ولأن ما يلزمه بالشروع معتبر بما يلزمه بالنذر. ومن نذر عمرة فأداها من التنعيم خرج عن موجب نذره، ولأنه وصل إلى مكة بالإحرام الفاسد فيجعل كما لو وصل إليها بإحرام صحيح، فكما أن هناك يكون هو بمنزلة أهل مكة في الإحرام في الحج والعمرة الواجب وغير الواجب في ذلك سواء، فكذلك هنا هو بمنزلة أهل مكة في حكم قضاء هذه العمرة.

كان يقول: لا خير في شيء من صيد البحر سوى السمك، وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: لا بأس بصيد البحر كله ^(١).

وقال أبو يوسف رحمه الله: سألت أبا حنيفة رحمهما عن حشيش الحرم فقال: أكره أن يرعى من حشيش الحرم شيئاً أو يحتش ^(٢) منه. قال: وسألت ابن أبي ليلى عن ذلك فقال: لا بأس أن يحتش من الحرم ويرعى منه ^(٣). قال: وسألت الحجاج بن أرطاة فأخبرني أنه سأل عطاء بن أبي رباح فقال: لا بأس أن يرعى وكره أن يحتش. وبه نأخذ. قال أبو

(١) قال السرخسي: والذي يرخص للمحرم من صيد البحر هو السمك خاصة فأما طير البحر لا يرخص فيه للمحرم، ويجب الجزاء بقتله. وهذا لأن الله تعالى أباح صيد البحر مطلقاً بقوله عز وجل: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ﴾ الآية. فالحرم والحلال فيه سواء، ولأن المحرم بالنص قتل الصيد على المحرم والقتل في صيد البحر لا يتحقق، ولأن صيد البحر ما يكون بحري الأصل والمعاش كالسمك، فأما الطير فهو بري الأصل بحري المعاش، لأن توالده يكون في البر دون الماء فيكون من صيد البر، ألا ترى أن ما يكون مائي الأصل وإن كان قد يعيش في البر كالضفدع جعل مائياً باعتبار أصله. حتى لا يجب على المحرم بقتله شيء. فكذلك ما يكون بري الأصل لا يرخص للمحرم فيه. قال ابن الهمام في الفتح: واختلف في أنه هل يباح كل ما كان من صيد البحر أو ما يحل أكله منه فقط؟ ففي المحيط: كل ما يعيش في الماء يحل قتله وصيده للمحرم اهـ. قال بعضهم: كالسمك والضفدع والسرطان وكلب الماء. وفي مناسك الكرماني: الذي يرخص من صيد البحر هو السمك خاصة، والأصح هو الأول، لأن قوله تعالى: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ وَطَعَامُهُ﴾ يتناول بحقيقته عموم ما في البحر. وفي البدائع: أما صيد البحر فيحل اصطیاده للحلال والمحرم جميعاً مأكولاً أو غير مأكول، واستدل بالآية، وأما ما في الأصل من قوله: والذي رخص للمحرم من صيد البحر هو السمك خاصة فأما الطير فلا يرخص فيه للمحرم، فقد شرحه في المبسوط بما يفيد تعميم الإباحة وأن المراد ما يقابل المائي بالسمك، فالضفدع جعله شمس الأئمة في المبسوط من صيد البحر مطلقاً، وكذا قاضيهان. قلت: نص الإمام بقوله: «لا خير في شيء من صيد البحر سوى السمك» يأبى تأويلهم بما يفيد تعميم الإباحة بل المفهوم منه المصرح بتحصيل الإباحة بالسمك. فالصحيح قول الكرماني دون ما في المحيط، والله أعلم.

(٢) في المغرب: وحششت الحشيش: قطعته. واحتششته: جمعته — عن الجوهرى.

(٣) وفي المبسوط ج ٤ ص ١٠٤: وكما لا يرخص في قطع الحشيش في الحرم بالمنجل فكذلك لا يرخص في رعي الدواب في قول أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: لا بأس بالرعي، لأن الذين يدخلون الحرم للحج أو العمرة يكونون على الدواب ولا يمكنهم منع الدواب من رعي الحشيش ففي ذلك من الحرج مالا يخفى فيرخص فيه لدفع الحرج. وعلى قول ابن أبي ليلى لا بأس بأن يحتش ويرعى لأجل البلوى والضرورة فيه. فإنه يشق على الناس حمل علف الدواب من خارج الحرم، ولكن أبو حنيفة ومحمد استدلا بقوله رحمهما: «لا يخلى خلاها ولا بعصد شوكتها» وفي الاحتشاش ارتكاب النهي، وكذلك في رعي الدواب لأن مشافر الدواب كالمناجل. وإنما تعتبر البلوى فيما ليس فيه نص بخلافه، فأما مع وجود النص لا معتبر به.

يوسف رحمه الله: سألت أبا حنيفة رحمته ^(١) قال: لا بأس أن يخرج من تراب الحرم وحجارته إلى الحل. وبه نأخذ ^(٢). قال: وسعت ابن أبي ليلى يحدث عن عطاء بن نبي رباح عن ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم أنهما كرهما أن يخرج من تراب الحرم وحجارته إلى الحل شيئاً. وحدثنا شيخ عن رزين ^(٣) مولى علي بن عبد الله بن عباس ^(٤) أن علي بن عبد الله كتب إليه أن يبعث إليه بقطعة من المروة ^(٥) يتخذها مصلى يسجد عليها ^(٦). قال: وإذا أصاب الرجل حماماً من حمام الحرم، فإن أبا حنيفة رحمته كان يقول: عليه قيمته. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: عليه شاة. وسعت ابن أبي ليلى يقول في حمام الحرم عن عطاء بن أبي رباح شاة ^(٧).

(١) كذا في الأصل ولعل بعض العبارة سقط من الأصل نحو قوله عن إخراج تراب الحرم أو نحوه، والله أعلم.

(٢) قال الإمام السرخسي محتجاً لأئمتنا: ولكننا نقول: ما جاز الانتفاع به في الحرم يجوز إخراجته من الحرم كالثبات، وما لا يجوز إخراجته من الحرم لا يجوز الانتفاع به في الحرم كالصيد، وبالإجماع له أن ينتفع بالحجارة والتراب في الحرم، فيكون له أيضاً إخراج ذلك من الحرم. وما روي عن عمر (كذا) وابن عباس شاذ فقد ظهر عمل الناس بخلافه، فإنهم تعارفوا إخراج القدور من الحرم من غير تكثير منكر، وإخراج التراب الذي يجمعونه من كنس سطح البيت ونحو ذلك ويتبركون بذلك، وكل أثر شاذ يكون عمل الناس ظاهراً بخلافه فإنه لا يكون حجة.

(٣) لم أجده في الكتب الموجودة عندي.

(٤) علي بن عبد الله بن عباس الهاشمي أو محمد المدني. روى عن أبيه وأبي هريرة. وعنه بنوه محمد وعيسى وداود وسليمان وغيرهم. قال ابن سعد: ثقة، قليل الحديث، أجمل من علي وجه الأرض. ولد سنة أربعين، كان يسجد كل يوم ألف سجدة. مات سنة ١١٧.

(٥) في المغرب: المروة حجر أبيض رقيق يجعل منه المطار وهي كالسكاكين ليذبح بها.

(٦) ضمير المؤنث، وكان في الأصل عليه بتذكير الضمير وليس بصواب إلا أن يكون بتأويل الحجر.

(٧) وهو قول محمد أيضاً. وفي المبسوط ج ٤ ص ٨٣: وأبو حنيفة وأبو يوسف أخذوا بقول ابن عباس رضي الله عنهما فإنه فسر المثل بالقيمة. والمعنى الفقهي يشهد له، فإن الحيوان لا مثل له من جنسه، ألا ترى أن في حق حقوق العباد يكون الحيوان مضموناً بالقيمة دون المثل فكذلك في حقوق الله تعالى، وكما أن المثل منصوص عليه هنا فكذلك في حقوق العباد في قوله تعالى ﴿فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ يَوْمَ يَكُونُ لَكُمْ عَذَابٌ مُّهِينٌ﴾ يوضحه أن المماثلة بين الشيتين عند اتحاد الجنس أبلغ منه عند اختلاف الجنس، فإذا لم تكن النعمة مثلاً للنعامة كيف تكون البذنة مثلاً للنعامة والمثل من الأسماء المشتركة فمن ضرورة كون الشيء مثلاً لغيره أن يكون ذلك الغير مثلاً له، ثم لا تكون النعمة مثلاً للبذنة عند الإتيان، فكذلك لا تكون البذنة مثلاً للنعامة، وإذا تعذر اعتبار المماثلة صورة وجب اعتبارها بالمعنى وهو القيمة. فأما قوله: ﴿مِنْ النَّعْمِ﴾ فقد قيل: فيه تقديم وتأخير ومعناه فجاء مثل ما قتل يحكم به ذوا عدل منكم من النعم هدباً بالغ الكعبة. إلى أن

اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى

قال: وسئل أبو حنيفة عن المحرم يصيب الصيد فيحكم عليه فيه عناق أو جفرة أو شه ذلك فقال: لا يجرى في هدي الصيد إلا ما يجرى في هدي المتعة: الجذع من الضأن إذا كان عظيمًا أو الثني من المعز والبقر والإبل فما فوق ذلك لا يجرى ما دون^(١) ذلك، ألا ترى إلى قول الله عز وجل في كتابه في حزاء الصيد: ﴿هَذَا بَلَّغَ الْكَعْبَةِ﴾ وسألت ابن أبي ليلى عن ذلك فقال: يبعث به وإن كان عناقًا أو حملاً. قال أبو يوسف: آخذ بالأثر في العناق والجفرة. وقال أبو حنيفة رحمته الله: في ذلك كله قيمته. وبه نأخذ^(٢).

قال: وإيجاب الصحابة لهذه النظائر لا باعتبار أعيانها بل باعتبار القيمة، إلا أنهم كانوا أرباب المواشي فكان ذلك أسير عليهم من النقود، وهو نظير ما قال علي رضي الله عنه في ولد المغرور: «وفك الغلام بالغلام، والجارية بالجارية» المراد القيمة. والاختلاف في هذه المسألة في فصول: أحدها ما بيننا، والثاني أن الذي أتى الحكمين يقوم الصيد فإذا ظهرت قيمته فالخيار إلى المحرم بين التكفير بالهدي والإطعام والصيام في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد الخيار إلى الحكمين، فإذا عينا نوعًا عليه يلزمه التكفير به بعينه. والتفصيل في المبسوط فمن شاء زيادة التفصيل فليراجعه.

(١) وفي المبسوط ج ٤ ص ٩٣ ولأن الواجب بالنص هنا الهدي قال الله تعالى: ﴿بَلَّغَ الْكَعْبَةَ﴾ فهو بمنزلة هدي المتعة والقران فكما لا يجرى الحمل والعناق في هدي المتعة والقران لا يجرى هنا (أي في هدي الجزاء) وأبو يوسف ومحمد وابن أبي ليلى جوزوا ذلك في جزاء الصيد استحسانًا بالأثار التي جاءت به، فإن الصحابة قالوا: في الأرنب عناق وفي البربوع جفرة، ولأن الرجل قد يسمي الدراهم والثوب هديًا. ألا ترى أن الرجل لو قال: لله علي أن أهدي هذه الدراهم، يلزمه أن يفعل ذلك فالحمل والعناق أولى في ذلك ولا يستقيم قياسه على المتعة لأنه قياس المنصوص بالمنصوص، ولأن الهدي قد يكون عناقًا وفصيلًا وجديًا، ألا ترى أنه لو أهدي ناقة فتجت كان ولدها هديًا معها ينحر؟ ولو كان غير هدي لكان يتصدق به كذلك قبل النحر، ولكن أبو حنيفة يقول: أجوز هديًا تبعًا لا مقصودًا كما لا يجوز التضحية تبعًا لا مقصودًا إذا نتجت الأضحية.

(٢) كذا في الأصل: في ذلك كله قيمته. وبه نأخذ. والصواب حذف وبه نأخذ، لأن أبا يوسف يخالفه في العناق والجفرة كما قال قبيل ذلك، وإنما يوافق في الذي لم تبلغ قيمته عناقًا ولا جفرة. والمراد من القيمة تكفيره بالإطعام أو الصيام. قال في المبسوط (ج ٤ ص ٩٣): فإذا بلغت قيمة شيء من هذه الحيوانات حملاً أو عناقًا لم يجزه الحمل ولا العناق من الهدي في قول أبي حنيفة وأدنى ما يجرى في ذلك الجذع العظيم من الضأن أو الثني من غيرهما، فإن كان الواجب دون ذلك كفر بالإطعام أو الصيام، وجعل هذا قياس الأضحية فكما لا يجرى هناك التقرب بإراقة دم الحمل والعناق مقصودًا فكذلك هنا.

وذكر^(١) عن خصيف الجزري^(٢) عن أبي عبيدة^(٣) عن عبد الله بن مسعود^(٤) أنه قال: في بيض النعامة يصيبه المحرم منه. وحدثننا داود بن أبي هند^(٥) عن عامر مثله. وسعت ابن أبي ليلى يقول عن عطاء بن أبي رباح: في البيضة درهم. وقال أبو حنيفة^(٦): قيمتها^(٧).

باب الديات

قال أبو يوسف رضي الله تعالى عنه: وإذا قتل الرجل الرجل عملاً وللمقتول ورثة صغار وكبار، فإن أبا حنيفة^(٨) كان يقول: للكبار أن يقتلوا أصحابهم إن شاعوا^(٩). وكان ابن أبي ليلى

- (١) قوله وذكر عن خصيف أي حدث أبو يوسف عن خصيف الجزري ورواه في آثاره أيضاً عنه. ورواه طلحة بن محمد من طريق عبيد الله بن موسى وأبي يوسف وابن غسرو من طريق ابن زياد عن الإمام أبي حنيفة عن خصيف - الحديث. قلت: رواه البيهقي عن أبي عبيدة عن خصيف، ومن طريق الشافعي عن سعيد بن سعيد بن بشير عن قتادة عن أبي عبيدة - الحديث، ورواه مرفوعاً أيضاً عن أبي هريرة وغيره.
- (٢) هو خصيف بن عبد الرحمن الحضرمي بكسر المعجمة الأولى، الأموي مولاهم، أبو عمرو الحرابي الجزري. روى عن مجاهد وعكرمة وأبي عبيدة بن عبد الله، وعنه ابن إسحاق والسفيانان، وخلق. روى له الأربعة. ضعفه أحمد. ووثقه ابن معين وأبو زرعة. قال ابن عدي: إذا حدث عن ثقة فلا بأس به. توفي سنة ١٣٦ وقيل ٣٧.
- (٣) هو عامر بن عبد الله بن مسعود الهذلي، أبو عبيدة الكوفي. روى عن أبيه في السنن الأربعة. قال عمرو بن مرة: سأله هل تذكر عن عبد الله شيئاً؟ قال: لا. وروى عن أبي موسى وكعب بن عجرة، وعنه إبراهيم النخعي ومجاهد ونافع بن جبير. فقد ليلة دجيل سنة إحدى وثمانين. قلت: روى له الستة.
- (٤) هو داود بن أبي هند القشيري مولاهم، أبو بكر المصري أحد الأعلام. روى عن ابن السيب وأبي العالية والشعبي وعاصم الأحول وأبي عثمان النهدي وخلق، وعنه يحيى بن سعيد قزويني وقاتدة كذلك وشعبة والثوري وحامد بن سلمة وخلق. روى له الخمسة والبحاري تعليقاً. وثقه أحمد والعجلي وأبو حاتم والنسائي. مات سنة تسع وثلاثين ومائة، وقيل أربعين.
- (٥) وفي المبسوط ج ٤ ص ٩٣: وفي بيض النعامة على المحرم قيمته. وفي الكتاب أي كتاب الأصل رواه عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما أنهما أوجبا في بيض النعامة القيمة. قلت: حديث ابن مسعود رواه ابن أبي شيبة والبيهقي. وحديث عمر رواه ابن أبي شيبة عن إبراهيم عنه منقطعاً.
- (٦) قلت: وهو قول مالك أيضاً. قال في المبسوط ج ٢٦ ص ١٧٤: وأبو حنيفة استدلل بما روي أن عبد الرحمن بن ملجم لما قتل علياً^(١٠) قتله الحسن^(١١) به قصاصاً وقد كان في أولاد علي^(١٢) صغار ولم ينتظر بلوغهم وإنما فعل ذلك بأمر علي^(١٣) على ما روي أنه لما بلغه أن ابن ملجم أخذ قاتل للحسن: إن عشت رأيت فيه رأيي وإن مت فاقتله إن شئت. قال: واضربه ضربة كما ضربني. وفي رواية: وإياك والمثلة فقد نبى رسول الله^(١٤) عن المثلة ولو بالكلب المقور. ولا يقال: إنما قتله لأنه كان مرتدًا مستحلاً لقتله إمام المسلمين على ما روي أنه قتله وهو يتنوء قوله تعالى: ﴿وَمِنَ النَّاسِ مَن يَشْرِي نَفْسَهُ ابْتِغَاءَ مَرْضَاتِ اللَّهِ﴾ لأنه وإن كان إمام المسلمين وكان قتله ذنباً عظيماً فلا يصبر به القاتل مرتدًا إنما ذلك للأنبياء خاصة واستحلاله كان بالتأويل فإنه كان من جملة أهل البغي وهم يستحلون دماء أهل العدل وأموالهم، ألا ترى أنه علقه عنة فقال: قتله

يقول: ليس لهم أن يقتلوا حتى يكبر الأصغر. وبه نأخذ^(١).
حدثنا أبو يوسف عن رجل عن أبي جعفر أن الحسن بن علي رضي الله عنهما قتل
ابن ملجم بعلي^(٢) وقال أبو يوسف: وكان لعلي أولاد صغار.
قال: وإذا أقتل القوم فأنجلوا^(٣) عن قتيل لم يدر أيهم أصابه، فإن أبا حنيفة
كان يقول: هو على عاقلة القبيلة التي وجد فيها إذا لم يدع ذلك أولياء القتيل على
غيرهم. وكان ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى يقول: هو على عاقلة الذين أقتلوا جميعاً إلا أن
يدعي أولياء القتيل على غير أولئك. وهذا نأخذ^(٤).
قال: وإذا أصيب الرجل وبه جراحة فاحتمل فلم يزل مريضاً حتى مات، فإن أبا
حنيفة رضي الله عنه كان يقول: دبت على تلك القبيلة التي أصيب فيهم. قال محمد: وبه نأخذ^(٥).

- إن شئت وأخره إلى ما بعد موته؟ ولو كان مرتداً لما أخر علي قتله. ولا يقال: قتله حداً لسعيه في
الأرض بالفساد حتى قتل إمام المسلمين، لأن الساعي بالفساد يقتل الإمام لا يقتل قصاصاً. ألا
ترى أنه اعتبر المماثلة بقوله: «فاضربه كما ضربني» وقد ذكر المزني عن الشافعي قال: قتل ابن
ملجم علياً متأولاً فأقيد به فدل أنه قتل قصاصاً إلخ. والتفصيل في المبسوط فإنه أطال وأجاد.
- (١) قلت: وهو قول الإمام محمد أيضاً. أناده السرخسي.
- (٢) وأخرجه البيهقي من طريق الشافعي عن أبي يوسف هكذا. وأخرجه في باب الرجل يقتل واحداً
من المسلمين على التأويل من طريق الشافعي عن إبراهيم بن محمد عن جعفر بن محمد عن أبيه أن
علياً قال في ابن ملجم بعد ما ضربه: «أطعموه واسقوه، وأحسنوا إيساره. فإن عشت فأنا ولي
دمي أعفو إن شئت، وإن شئت استقدت، وإن مت فقتلتموه فلا تمثلوا» * وذكر في الاستيعاب
قصته بالاستيعاب.
- (٣) في المبسوط: وأجلوا عن قتيل مكان أنجلوا. وفي المغرب: وأجلوا عن قتيل انكشفوا عنه وانفرجوا.
- (٤) وفي المبسوط: وأما إذا أجلوا عن قتيل ولا يعلم أيهم أصابه، فعلى قول أبي حنيفة ومحمد على عاقلة
القبيلة الذين أقتلوا جميعاً، وإليه رجع أبو يوسف. ذكرنا هنا قوله. وقد بينا المسألة في الدييات.
- (٥) وفي المبسوط ج ٢٦ ص ١١٨: فإن كان صحيحاً بجيء ويذهب فلا شيء فيه. قال: وجه قولنا
أنه إذا كان صاحب فراش فهو مريض والمرض إذا اتصل به الموت يجعل كالميت، ألا ترى أن في
حكم التصرفات جعلت هذه الحال كالحال بعد موته؟ فكذلك في حكم القسامة والدية يجعل
كأنه مات حين جرح في ذلك الموضع، فأما إذا كان صحيحاً يذهب ويجيء فهو في حكم
التصرفات لم يجعل كالميت من حين جرح فكذلك في حكم القسامة والدية. وعلى هذا الجريح
إذا وجد على ظهر إنسان يحمله إلى بيته فمات بعد يوم أو يومين فإن كان صاحب فراش حتى
مات فهو على الذي يحمله، كما لو مات على ظهره، وإن كان يذهب ويجيء فلا شيء على من
حمله. وفي قول ابن أبي ليلى لا شيء في الوجهين.

* رواه الشافعي في مسنده (ص ٣١٣)، والبيهقي (٥٦/٨)، (١٨٣).

وكان ابن أبي ليلى يقول: ليس عليهم شيء. وكان أبو حنيفة رحمه الله يقول: القصاص لكل وارث. وبه نأخذ ^(١). وكان ابن أبي ليلى يجعل لكل وارث قصاصاً إلا الزوج والمرأة.

قال: وإذا وجد القتل في قبيلة، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: القسامة على أهل الخطة والعقل عليهم وليس على السكان ولا على المشتريين شيء. وبه نأخذ ^(٢). ثم قال أبو

(١) قال السرخسي في المبسوط ج ٢٦ ص ١٥٧: وكذلك ثبت حق الروح والزوجة في القصاص عندنا، وعلى قول ابن أبي ليلى لا يثبت حقهما في القصاص لأن سبب استحقاتهما العقد، والقصاص لا يستحق بالعقد، ألا ترى أن حق الموصي له لا يثبت في القصاص؟ وهذا لأن المقصود في القصاص التشفي والانتقام وذلك يختص به الأقارب الذين ينصر بعضهم بعضاً. وحجتنا في ذلك قول النبي عليه الصلاة والسلام: «من ترك مالا أو حقاً فلورثته» والقصاص حقه، لأنه بدل نفسه فيكون ميراثاً لجميع ورثته كالدية، والدليل عليه أن استحقاق الإرث بالزوجية كاستحقاقه بالقرابة حتى لا يتوقف على القبول ولا يرتد بالرد، وبه فارق الوصية. وهذا تبين أن الاستحقاق ليس بالعقد.

(٢) وفي المبسوط ج ٢٦ ص ١١٢: وإذا وجد القتل في قبيلة بالكوفة وفيها سكان وفيها من قد اشترى من دورهم فالقسامة والدية على أهل الخطة دون السكان والمشتريين. وهذه فصول: أحدها أنه ما بقي في المحلة أحد من أصحاب الخطة فليس على المشتريين من ذلك شيء في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وفي قول أبي يوسف وهو قول ابن أبي ليلى: المشتريون في ذلك كأصحاب الخطة، لأنهم قاموا مقام البائع، ولأنهم ملاك لبعض المحلة كأصحاب الخطة، وفيما يجب باعتبار الملك لا يختلف باختلاف سبب لذلك كاستحقاق الشفعة، ألا ترى أن القتل الموجود في دار رجل لا فرق بين أن يكون صاحب الدار مشترياً أو صاحب خطة؟ فكذلك في القتل الموجود في المحلة، وأبو حنيفة ومحمد نالا: صاحب الخطة أحص بتدبير المحلة من المشتريين، ألا ترى أن المحلة تسبب إلى أصحاب الخطة دون المشتريين وأن المشتريين قلما يترحمون أهل الخطة في التدبير والقيام بحفظ المحلة؟ فكان صاحب الخطة أحص بحكم القسامة والدية من المشتريين أيضاً، بمنزلة صاحب الدار في القتل الموجود في داره مع أهل المحلة لما كان هو أحص بالتدبير في داره كان موجب ذلك عليه. ثم المشتريون أتباع لأصحاب الخطة، وما بقي شيء من الأصل يكون الحكم له دون التابع. وقيل إنما أجاب أبو حنيفة رحمه الله بهذا بناء على ما شاهد من عادة أهل الكوفة في زمانه أن أصحاب الخطة في كل محلة هم الذين يقومون بتدبير المحلة ولا يشاركونهم المشتريون في ذلك، فأما إذا لم يبق من أصحاب الخطة أحد وفيها سكان ومشتريون فهي عليهم. وهو قول ابن أبي ليلى، لأن رسول الله ﷺ قضى بها على أهل خيبر وقد كانوا سكاناً، ألا ترى أن عمر رضي الله عنه أجلاهم منها إلى الشام؟ وجه قول أبي حنيفة محمد رضي الله عنهما أن التدبير في أهل المحلة إلى أصحاب الملك دون السكان، لأن السكان ينتقلون في كل وقت من محلة إلى محلة دون أصحاب الملك. والدليل عليه أن ما يسي من الغنم شرعاً على القرب يختص به أصحاب الملك دون السكان وهو الشفعة، فكذلك ما يكو من الغرم شرعاً. ولا حجة في حديث خيبر فإنهم كانوا ملائكة قد أقرهم رسول الله ﷺ ولكنه استثنى بقوله: أفركم ما أفركم الله، فلماذا أجلاهم عمر رضي الله عنه، وما وظف عليهم كان بطريق الخراج، إلا أن يقال ضللك عليهم الأراضى، وقد بينا هذا في المراجعة.

يوسف بعد: على المشترين والسكان وأهل الحطة. وكان ابن أبي ليلى يقول: الدية على السكان والمشترين معهم وأهل الحطة وكذلك إذا وجد في الدار فهو على أهل القسمة: قبيلة تلك الدار والسكان الذين فيها في قول ابن أبي ليلى. وكان أبو حنيفة يقول: على عاقلة أبواب الدور خاصة وإن كانوا مشترين. وأما السكان فلا. وهذا يأخذ ثم رجع أبو يوسف إلى قول ابن أبي ليلى. وقول أبي حنيفة المعروف: ما بقي من أهل الحطة رجل فليس على المشتري شيء.

قال: وإذا قطع رجل يد امرأة أو امرأة يد رجل، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: ليس في هذا قصاص، ولا قصاص فيما بين الرجال والنساء فيما دون النفس^(١) ولا فيما بين الأحرار والعبيد فيما دون النفس، ولا قصاص بين الصبيان في النفس ولا غيرها. وكذلك حدثنا أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: القصاص بينهم في ذلك وفي جميع الجراحات التي يستطيع فيها القصاص.

قال: وإذا قتل الرجل رجلاً بعضاً أو بحجر فضربه ضربات حتى مات من ذلك، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: لا قصاص بينهما. وكان ابن أبي ليلى يقول: بينهما القصاص. وبه نأخذ^(٢).

(١) قال السرخسي في مسوطه ج ٢٦ ص ١١٣: ولو وجد القتل في دار رجل قد اشتراها وهو من غير أهل الحطة فأهل الحطة براء من ذلك والقسامة على صاحب الدار، وعلى قومه الدية، لأن التدبير في حفظ الملك الخاص إلى المالك دون أصحاب الحطة من أهل المحلة، والقتل السجود في ملك خاص يجعل كأن صاحب الملك هو القاتل له في حكم القسامة والدية، فلماذا كانت القسامة عليه والدية على عاقلة.

(٢) قال السرخسي في مسوطه ج ٢٦ ص ١٣٦: ولكننا نقول: لا مماثلة بين طرف الرجل وطرف المرأة في المنفعة ولا في البذل. والمماثلة معتبرة في القصاص في الأطراف بدليل أن الصحيحة لا تستوفي بالشلاء للنفات بينهما في البذل والمنفعة. ولا معنى لقولهم: إن الشلاء مينة لا روح فيها، لأن استيفاءها في القصاص جائز ويقطعها يتألم صاحبها ويجب حكومة العدل لقطعها. نعرفنا أن الحياة فيها باقية ولكن التفات في البذل فلا تقطع الصحيحة بها، بخلاف النفوس فالمعتبر هناك المساواة في الفعل حتى تستوفي النفس الصحيحة بالزمنة. إلى أن قال: ولا تقطع يد الحر بيد العبد عنده، وعندنا لا يجزئ القصاص بين العبيد والأحرار ولا بين العبيد فيما دون النفس لانعدام المساواة في البذل.

(٣) قلت: وهو قول عمدة أيضاً. قال السرخسي: وقد بينا السألة في الديات، إلا أن هناك يذكر أن عندهما إننا يجب القصاص في القتل بالحجر الكبير والعصا الكبير، فأما القتل بالعصا الصغير بالضرب بالموالة لا يجب القصاص به عندنا، وإننا يجب عند الشافعي، وهنا نص على الخلاف في هذا الفصل أيضاً. وهكذا ذكره الطحاوي رحمه الله، وكان الطحاوي إنما اعتمد هذه الرواية فيما أورده في كتابه وهو الأصح، فالعصير عندهما القصد إلى القتل بما لا يطيق النفس إحسانه،



قال: وإذا عض الرجل يد الرجل فانتزع العضوض يده فقلع منها من أستاذ العض، فإن أبا حنيفة عليه السلام كان يقول: لا ضمان عليه في السن لأنه قد كان له أن يسرع يده من فيه. وبه تأخذ. وقد بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أن رجلاً عض يد رجل فانتزع يده من فيه فنتزع ثنيته فأبطلها رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال: «أعض أحدكم أخاه عض الفحل»^١. وكان ابن أبي ليلى يقول: هو ضامن لدية السن^(١). وهما يتفقان فيما سوى ذلك مما يجئ في الجسد سواء في الضمان.

والعصا الصغير مع المولاة في ذلك بمنزلة العصا الكبير، قلت: وحجة الإمام ما رواه أبو داود والنسائي وابن ماجه وابن حبان عن عبدالله بن عمرو عن طريق القاسم بن ربيعة عن عتبة بن أوس عنه، وفي رواية النسائي والطحاوي عن عتبة عن رجل من الصحابة رفعه: «ألا إن دية الخطأ شبه العمد ما كان بالسوط والعصا مائة من الإبل منها أربعون في بطونها أولادها»^٢. ونقطة الطحاوي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خطب يوم فتح مكة فقال في خطبته، «ألا إن قتل خطأ العمد بالسوط والعصا والحجر فيه دية مغلظة مائة من الإبل منها أربعون خلفه في بطونها أولادها» وعند الدارقطني عن القاسم عن عبدالله بن عمرو ليس فيه عتبة. وأخرجه أصحاب السنن وابن أبي شيبة وأحمد والشافعي وعبد الرزاق وإسحاق عن القاسم بن ربيعة عن ربيعة عن عبدالله بن عمر قال ابن القطان: هو حديث صحيح ولا يضره هذا الاختلاف فإن عتبة ثقة.

(١) أخرجه البخاري من حديث شعبة عن قتادة عن زرارة بن أوفى عن عمران بن حصين أن رجلاً عض يد رجل فنتزع يده من فيه فوقعت ثنيته فاحتصموا إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال: «يعض أحدكم أخاه كما يعض الفحل! ولا دية له» وأخرج من طريق ابن جريج عن عطاء عن صفوان بن يعلى عن أبيه قال: «خرجت في غزوة فعرض رجل فانتزع ثنيته فأبطلها النبي صلى الله عليه وسلم». قلت: والحديث معروف مخرج في كتب الحديث **.

(٢) وفي المبسوط: وإذا عض رجل يد رجل فانتزع العضوض يده من نم العض فقلع شيئاً من أسنانه، فعندنا لا ضمان عليه في السن، وعند ابن أبي ليلى هو ضامن من العضة (كذا) لأنه صار قاتلاً سنة بنزع اليد من فمه إلا أنه معلور في ذلك وذلك لا يسقط الضمان عنه كالحايط والمضطر، ألا ترى أنه لو جنى على موضع آخر من جسده ليدفع به أذاه عن نفسه كان ضامناً؟ فكذلك إذا نزع يده من فمه. ولكننا نقول: هو فيما صنع دافع للأذى غير مباشر للجنابة فلا يكون ضامناً، بمنزلة ما لو قصد قتله فدفعه عن نفسه فسقط قنات. يوضحه أن صاحب السنن هو الجاني بعرضه يد غيره على وجه يسقط سنة بنزع اليد. وهذا بخلاف ما إذا جنى على موضع آخر من جسده، لأن العضوض يده هو المباشر لتلك الجنابة من غير ضرورة فإنه يتمكن من دفع الأذى عن نفسه بنزع اليد من فمه، فإذا اشتغل بالجنابة على جسده في محل آخر كان ضامناً لذلك، وهنا لا يتمكن من دفع الأذى إلا بنزع اليد من فمه.

* رواه أبو داود (١٨٥/٤)، والبيهقي (٦٨/٨)، وانظر: نصب الراية (٣٣١/٤)، (٣٥٦).

** رواه البخاري (٧٩٠/٢)، (٢٥٢٦/٦)، ومسلم (١٣٠١/٣).

اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى

قال: وإذا نفحت^(١) الدابة برجلها وهي تسير، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: لا ضمان على صاحبها، لأنه بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: «الرجل جبار»^(٢). وبه نأخذ^(٣). وكان ابن أبي ليلى يقول: هو ضامن في هذا لما أصابت.
قال: وكان أبو حنيفة رحمته الله يقول في الرجل إذا قتل العبد: إن قيمته على عاقلة القتال. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: لا تعقله العاقلة. ثم رجع أبو يوسف فقال: هو مال لا تعقله العاقلة وعلى القاتل قيمته بالغ ما بلغ حالاً^(٤).

(١) في المغرب: نفحته الدابة: ضربته بحد حانرها.

(٢) وأخرجه هو ومحمد في آثارهما عن أبي حنيفة عن حماد عن إبراهيم مرسلًا ولفظه: «العجماء جبار، والقلب جبار، والمعدن جبار، وفي الركاز الخمس» وأخرجه الطبراني في الأوسط عن ابن مسعود مرفوعًا مستندًا، وأخرجه الشيخان عن أبي هريرة في أثناء حديث.

(٣) قال في المبسوط ج ٢٦ ص ١٨٩: وإن نفحت برجلها وهي تسير فلا ضمان على الراكب لقوله عليه السلام: «الرجل جبار»: أي هدر. والمراد نفحة الدابة بالرجل وهي تسير، وهذا لأنه ليس في وسعه التحرز من ذلك، لأن وجه الراكب أمام الدابة لا خلفها، وكذلك النفحة بالذنب ليس في وسعه التحرز عن ذلك.

وقال ابن أبي ليلى: هو ضامن لجميع ذلك، وقاس الذي يسير على الدابة بالذي أوقف دابته في الطريق فنفحت برجلها أو يدها فكما أن هناك يجب ضمان الدابة على عاقلته فكذلك هنا، ولكننا نقول في الفرق بينهما هو ممنوع من إيقاف الدابة على الطريق لأن ذلك مضر بالمارة، ولأن الطريق ما أعد لإيقاف الدواب فيه فيكون هو في شغل الطريق بما لم يعد الطريق له متعديًا والمتعدي في التسبب يكون ضامنًا، فلهذا يسوي فيه بين ما يمكن التحرز عنه وبين ما لا يمكن وهذا لأنه إن كان لا يمكن التحرز عن النفحة بالرجل والذنب فهو يمكن التحرز عن إيقاف الدابة، بخلاف الأول، فإن السير على الدابة في الطريق مباح له، لأن الطريق معد لذلك، ولأنه لا يضر بغيره وهو محتاج إلى ذلك فربما لا يقدر على المشي فيستعين بالسير على الدابة، وإذا لم يكن نفس السير جناية قلنا لا يلزمه ضمان ما لا يستطيع الامتناع منه، ألا ترى أن الساشي في الطريق لا يكون ضامنًا لما ليس في وسعه الامتناع منه بخلاف الجالس والنائم في الطريق؟

(٤) وفي المبسوط ج ٢٧ ص ٢٨: وروي عن أبي يوسف ومحمد أن العاقلة لا تعقل نفس العبد، وهو قول ابن أبي ليلى. واستدل فيه بقوله عليه السلام: «لا تعقل العاقلة عبدًا ولا عبدًا» * والمراد أن نفس العبد لا تعقلها العاقلة وهذا لأن العبد يحل للتملك بالعقد فما يجب من الضمان بإتلافه يكون على المتلف في ماله كسائر الأموال وحجتنا في ذلك أن القيمة الواجبة بإتلاف نفس العبد بمنزلة الدية الواجبة بإتلاف نفس الحر، وذلك على العاقلة مؤجلًا في ثلاث سنين، فهذا مثله، وهذا لأن معنى النفسية لا يدخل تحت القهر فلا يتناولها الملك بل العبد فيه بمنزلة =

* رواه ابن أبي شيبة (٤٠٥/٥)، وعبد الرزاق (٤١٠/٩)، والبيهقي (١٠٤/٨، ١٠٨)، والسنن (١٧٨/٣). وانظر: الدراية (٢٨٠/٢)، والتلخيص (٣٣/٤). ونصب الرأية (٤/٣٩٩، ٣٧٩).

باب السرقة

قال أبو يوسف رحمه الله: وإذا أقر الرجل بالسرقة مرة واحدة والسرقة تساوي عشرة دراهم فصاعداً، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: أقطعه، ويقول: وإن لم أقطعه جعلته عليه ديناً ولا قطع في الدين. وكان ابن أبي ليلى يقول: لا أقطعه حتى يقر مرتين. وهذا نأخذ. ثم رجع إلى قول أبي حنيفة ^(١).

وإن كان المسروق منه غائباً، فإن أبا حنيفة رحمه الله قال: لا أقطعه وهذا نأخذ. وكان

الحر، ألا ترى أنه يتعلق القصاص بقتله عمداً كما يتعلق بقتل الحر؟ وكذلك الكفارة في الخطأ ولا مدخل للقصاص ولا كفارة في ضمان الأموال، فنعرفنا أن المال واجب ههنا بالنص بخلاف القياس، لأن المال لا يكون مثلاً لما ليس بمال، وما لا يكون مملوكاً من الأدمي لا يكون مالا، وإنما وجوب المال بقوله تعالى: ﴿وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ﴾ إلا أن هذه الدية في حق العبد القيمة وفي حق الحر مائة من الإبل كما بينه الشرع، والدية نجب على العاقلة مؤجلة في ثلاث سنين في حالة الخطأ، وهذا المعنى خالف النفس ما دون النفس لأن ما دون النفس لا مدخل فيه للكفارة والقصاص وتأويل الأحاديث أن العاقلة لا تعقل جناية العبد على نفس العبد. وبه نقول. ثم الواجب بالجناية على نفس المملوك قيمته، قلت قيمته أو كثرت، غير أنها لا تزداد على دية الحر ولا تنقص عن عشرة آلاف إلا عشرة دراهم إذا كان العبد كبير القيمة في قول علمائنا رحمهم الله الخ.

(١) وفي المبسوط ج ٩ ص ١٨٢ وإذا أقر السارق بالسرقة مرة واحدة قطعت يده في قول أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف وابن أبي ليلى: لا يقطع ما لم يقر مرتين، وكذلك الخلاف في الإقرار بشرب الخمر، وذكر بشر رجوع أبي يوسف إلى قول أبي حنيفة. وحجتهم ما روي عن علي رحمه الله أن رجلاً أقر بالسرقة عنده مرتين فقطع يده. وهذا لأنه حد الله تعالى فيعتبر عدد الإقرار فيه بعدد الشهادة كحد الزنا، ولهذا روي عن أبي يوسف أنه شرط لإقرارين في مجلسين مختلفين، وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى استدلا بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه أتى بسارق فقال: «أسرقت؟» ما إخاله سرق». فقال: سرقته، فأمر بقطعه ولم يشترط عدد الإقرار فيه، ولأن ما ثبت بشهادة شاهدين من العقوبات يثبت بإقرار واحد كالقصاص. وقد بينا أن الزنا مخصوص من بين نظائره. وفي الكتاب علل فقال: لو لم أقطعه في المرة الأولى لم أقطعه في المرة الثانية لأن المال صار ديناً عليه بالإقرار الأول فهو بالإقرار الثاني يريد إسقاط الضمان عن نفسه بقطع يده فيكون منهياً في ذلك، وإن كان المال قائماً بعينه رددته بعد الإقرار الأول قبل الإقرار الثاني فكيف يلزمه انقطاع بالإقرار لعدم رد المال؟ ألا ترى أن الشهادة لا يلزمه القطع بعد رد المال؟ فبالإقرار أولى. وإن رجع قبل أن يقطع درئ القطع لأنه ليس ههنا من يرد جحوده إذ القطع من حق الله تعالى فيتحقق التعارض بين الخبرين. فأما في حق المال لا يصح رجوعه لأن المسروق منه يكذب في الرجوع والمال حقه.

ابن أبي ليلى يقول: أقطعه إذا أقر مرتين وإن كان المسروق منه غائباً^(١).
قال: وإن كانت السرقة تساوي خمسة دراهم، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: لا
قطع فيها، بلغنا عن رسول الله ﷺ...^(٢)

(١) وفي البسوط ج ٩ ص ١٤٢: وعندنا لا يرد من حضرة المسروق منه في الإقرار والشهادة شيئاً عند الأداء وعند القطع، لأن ظهور فعل السرقة لا يكون إلا به فلا بد من أن يكون المسروق مملوكاً لغير السارق فإذا قطع قبل حضوره كان استيفاء الحد مع الشبهة لجواز أن يرد إقراره فيبقى المال مملوكاً لمن في يده، أو كان أقر له بالملك بعد شهادة الشهود، أو أنه كان ضيفاً عنده. ولا معتبر بحضور وكيله عند الاستيفاء لأن الوكيل قائم مقامه، وشرط الحد لا يثبت بما هو قائم مقام الغير. وإذا حضر المسروق منه والشاهدان غائبان لم يقطع حتى يحضرا في قول أبي حنيفة الأول، وفي قوله الآخر وهو قول أبي يوسف ومحمد يقطع، وكذلك بعد موت الشهود. قلت: تفصيل المسألة في الميسوط. ومن شاء فليراجعه. وفي ص ١٨٨ منه: فإن أقر بالسرقة والمسروق منه غائب ففي القياس يقطع وهو رواية عن أبي يوسف، لأنه أقر بوجوب الحد عليه حقا لله تعالى فيستوفيه الإمام منه وفي الاستحسان لا يقطع للشبهة فإن المسروق منه إذا حضر ربما يكذبه في الإقرار وقد بينا.

(٢) قلت: أخرج أبو يوسف في خراجه عن هشام بن عروة عن أبيه: كان السارق في عهد رسول الله ﷺ يقطع في ثمن المهن، وكان للمجن يومئذ ثمن، ولا يقطع في الشيء التافه. وروى عن هشام عن عروة عن عائشة: لم يكن يقطع على عهد رسول الله ﷺ في الشيء التافه. روى الطبراني عن محمد بن نوح بن حرب عن خالد بن مهران عن أبي مطيع التلجي عن أبي حنيفة عن القاسم بن عبد الرحمن عن أبيه عن ابن مسعود عن النبي ﷺ أنه قال: «لا يقطع إلا في عشرة دراهم». وأخرجه الحارثي من طريق أبي مطيع وخلف بن ياسين وابن المظفر من طريق خلف كلاهما عن الإمام بالسند المذكور ولفظه: «كان تقطع اليد على عهد رسول الله ﷺ في عشرة دراهم». رواه محمد في الأصل عن ابن عمر عن رسول الله ﷺ أنه لا تقطع اليد إلا في ثمن المهن وهو يومئذ يساري عشرة دراهم. وأخرجه النسائي والطحاوي والحاكم والطبراني عن مجاهد عن أيمن رفعه: «لا تقطع إلا في دينار أو عشرة دراهم». وأخرجه أبو داود عن ابن عباس أن النبي ﷺ قطع يد رجل في مهن قيمته دينار أو عشرة دراهم. وأخرجه الطحاوي والنسائي والحاكم أيضا عنه، ولفظه: كان قيمة المهن الذي قطع فيه رسول الله ﷺ عشرة دراهم. ورواه النسائي وابن أبي شبة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده نحوه. وأخرج أحمد والدارقطني من هذا الوجه بلفظ «لا يقطع السارق في أقل من عشرة دراهم». وأما قول علي فقال أبو يوسف في خراجه بعد نقل قول ابن مسعود: وقد بلغنا نحو من ذلك عن علي رضي الله عنه. وقال البيهقي عن الشافعي: رواه الزعفراني عن الشعبي عن علي رضي الله عنه. قال الحافظ علاء الدين في الجوهر النقي: روى عبد الرزاق عن الحسن بن عمارة عن الحكم عن يحيى بن الجزار عن علي قال: «لا يقطع الكف في أقل من دينار أو عشرة دراهم» وأخرجه البيهقي عن جعفر بن محمد بن مروان عن عاصم قال: أظنه ابن عمر عن إسماعيل عن جوير عن الضحاك عن النزال عن علي رضي الله عنه قال: «لا تقطع اليد إلا في عشرة دراهم، ولا يكون المهر أقل من عشرة دراهم» قال: هذا إسناد يجمع بمحولين وضعفاء.

وعن علي وعن ابن مسعود رضي الله عنهما أنهم قالوا: لا تقطع اليد إلا في عشرة دراهم. وهذا تأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: تقطع اليد في خمسة دراهم ولا تقطع في دوما^(١).

وأما قول ابن مسعود فأخرجه محمد في آثاره عن أبي حنيفة عن القاسم بن عبد الرحمن عن أبيه عنه. وأخرجه أبو يوسف في خراجه عن المسعودي عن القاسم بن عبد الرحمن عن عبد الله. وأخرجه عبد الرزاق والطبراني نحوه بإسناده. قلت: وروي عن ابن عباس أيضاً قوله. أخرجه أبو يوسف في الخراج عن ابن إسحاق عن أيوب بن موسى عن عطاء عنه. وروي ابن أبي شيبة عن يحيى بن زيد وغيره عن الثوري عن عطية بن عبد الرحمن عن القاسم بن عبد الرحمن قال: أتى عمر بن الخطاب برجل سرق ثوباً فقال لعثمان: قوم، فقومه ثمانية دراهم فلم يقطعه.

قال القاري في شرح المختصر: وهذا يدل على انتساح ما في الصحيحين *

(١) وفي المبسوط ج ٩ ص ١٣٧: وعلمنا أن رحمهم الله استدلوا بحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال: «لا قطع إلا في دينار أو عشرة دراهم» وعن ابن مسعود بك مرفوعاً ومرفوعاً: «لا تقطع اليد إلا في دينار أو عشرة دراهم» وهكذا عن علي عليه السلام. وفي الحديث المعروف: «لا مهر أقل من عشرة دراهم» وعن أيمن بن أبي أيمن (كذا) وابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم أن المجن الذي قطعت اليد فيه على عهد رسول الله ﷺ كان يساوي عشرة دراهم. والرجوع إلى قولهم أولى، لأنهم من جلة الغزاة فكانوا أعرف بقيمة السلاح من غيرهم، وليس هذا من جملة ما قال إن الأخذ بالأقل أولى، لأن في قيمة المسروق إنما يؤخذ بالأقل لدرء الحد وذلك يوجب أن يؤخذ بالأكثر ههنا، لأن معنى درء الحد فيه. وقد روي أن عمر عليه السلام نهي بسارق سرق ثوباً فأمر بقطع يده. قال عثمان عليه السلام: إن سرقته لا تساوي عشرة دراهم، فأمر بتقويمه فقوم بثمانية دراهم فدرأ الحد عنه، فدل أنه كان ظاهراً معروفاً فيما بينهم أن النصاب يتقدر بعشرة دراهم، ويعتبر نصاب الحد بنصاب المهر. وقد قامت الدلالة لنا على أن أدناه عشرة دراهم، والمستحق بكل واحد منهما ما له خطر وهو مصون عن الابتذال فلا يستحق إلا حال خطير. والحديث الذي رواه عن عائشة رضي الله عنها اضطرب أهل الحديث فيه، وأكثرهم على أنه غير مرفوع إلى رسول الله ﷺ حتى كان القاسم بن عبد الرحمن إذا سمع من يروي هذا الحديث مرفوعاً رماه بالحجارة. والدليل عليه ما اشتهر من قول عائشة رضي الله عنها كانت اليد لا تقطع في الشيء الثافه وكانت تقطع في ثمن المجن، فلو كان عندها نص لما اشتغلت بهذا الخرب السهم، ثم يحتمل أنه كان التقدير بربع دينار في الابتداء ثم انتسخ ذلك بعشرة دراهم ليكون الناسخ أخف من المنسوخ. قال الله جل وعلا: ﴿مَا تَنْسَخْ مِنْ آيَةٍ أَوْ نُنسِهَا نَأْتِ بِخَيْرٍ مِنْهَا وَمَنْ يَنْتَهَ﴾ *

* الدراية (١٠٧/٢)، وخلاصة البدر المنير (٣١٨/٢)، نصب الراية (٣٥٥/٣، ٣٥٩، ٣٦٠)، وشرح معاني الآثار (١٦٦/٣)، والبيهقي (٢٦٩/٨)، والفتح (١٠٣/١٢).

قال: وإذا شهد الشاهدان على رجل بالسرقة والمسروق منه غائب، فإن أبا حنيفة عليه السلام كان يقول: لا أقبل الشهادة والمسروق منه غائب، أرايت لو قال: لم يسرق مني شيئاً أكنت أقطع السارق؟ وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: أقبل الشهادة عليه وأقطع السارق ^(١).

قال: وإذا اعترف الرجل بالسرقة مرتين وبالنزاع أربع مرات ثم أنكر بعد ذلك، فإن أبا حنيفة عليه السلام كان يقول: يدرأ عنه الحد فيهما جميعاً ونضمنه السرقة. وقد بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم حين اعترف عنده ماعز بن مالك رضي الله عنه وأمر به أن يرجم هرب حين أصابته الحجارة، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ^(٢) «فهلأ خليتكم سبيله!» حدثنا بذلك أبو حنيفة ^(٣) يرفعه

(١) وفي المبسوط ج ٩ ص ١٤٢: وإن شهد شاهدان على رجل بالسرقة سئلا عن ماهيتها وكيفيتها، فإذا بينوا جميع ذلك والقاضي لا يعرف الشاهدين حيسه حتى يسأل عنهما، فإن زكيا وقيمة المسروق نصاب كامل والمسروق منه غائب لم يقطع إلا بحضرته. وكان ابن أبي ليلى يقول: لا حاجة إلى حضرة المسروق منه وتقبل الشهادة على السرقة وحيسه كالزنا لأن المستحق بكل واحد منهما حد هو خالص حق الله تعالى. إلى أن قال: وعندنا لا بد من حضرة المسروق منه في الإقرار والشهادة جميعاً عند الأداء وعند القطع، لأن ظهور فعل السرقة لا يكون إلا به فلا بد من أن يكون المسروق مملوكاً لغير السارق، فإذا قطع قبل حضوره كان استيفاء الحد مع الشبهة لجواز أن يرد إقراره فيبقى المال مملوكاً لمن في يده، أو كان أقر له بالملك بعد شهادة الشهود، أو أنه كان ضيقاً عنده. ولا معتبر بحضور وكيله عند الاستيفاء، لأن الوكيل قائم مقامه وشرط الحد لا يثبت بما هو قائم مقام الغير.

(٢) وفي المبسوط ج ٩ ص ١٩١: وإن أقر الرجل بالسرقة ثم هرب لم يطلب وإن كان في فوره ذلك، لأن هربه دليل رجوعه. ولو رجع عن الإقرار لم يقطع، فكذلك إذا هرب. والأصل فيه قول رسول الله صلى الله عليه وسلم لما عزر حين أخبر بالحرب فقال: «هلا خليتكم سبيله؟» ولكنه إذا أتى بعد ذلك كان ضامناً للمال، كما لو رجع عن إقراره، فإنه يسقط القطع به دون الضمان. وقال في الحدود ج ٩ ص ٩٤: فإن أمر برجمه فراجع عن قوله درئ الحد عنه عندنا. وقال ابن أبي ليلى: لا يدرأ عنه الحد برجوعه، وكذلك الخلاف في كل حد هو خالص حق الله تعالى، واعتبر هذا الإقرار بساتر الحقوق مما لا يندري بالشبهات أو يندري بالشبهات كالتقصاص وحد القذف، فالرجوع عن الإقرار باطل في هذا كله. وحجتنا فيه أن النبي صلى الله عليه وسلم لقن المقر بالسرقة الرجوع، فلو لم يصح رجوعه لما لقنه ذلك، فقد روينا أن ماعزا رضي الله عنه لما هرب انطلق المسلمون في أثره فرجموه، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: «هلا خليتكم سبيله!» ولأن الرجوع بعد الإقرار إما لا يصح في حقوق العباد لوجود خصم يصدفه في الإقرار ويكذبه في الرجوع، وذلك غير موجود فيما هو خالص حق الله تعالى فيتعارض كلاماه الإقرار والرجوع، وكل واحد منهما متمثل بين الصدق والكذب والنسبة تثبت بالمعارضة.

(٣) رواه أبو يوسف عنه في كتاب الآثار عن علقمة بن مرثد عن ابن بريدة عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم، وأخرجه الحارثي في مسنده من طريق أبي يوسف وابن المبارك وأمد وغيرهم بسنده المذكور.

اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى ٤٩٣
إلى النبي ﷺ. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: لا أقبل رجوعه فيهما جميعاً وأمضي عليه الحد.

قال: وإذا دخل الرجل من أهل الحرب إلينا بأمان فسرق عندنا سرقة، فإن أبا حنيفة عليه السلام كان يقول: يضمن السرقة ولا يقطع، لأنه لم يأخذ الأمان لتحري عيه الأحكام^(١). وكان ابن أبي ليلى يقول: تقطع يده. وبه نأخذ. ثم رجع إلى قول أبي حنيفة رضي الله عنهما.

باب القضاء

قال أبو يوسف عليه السلام: وإذا أثبت القاضي في ديوانه الإقرار وشهادة الشهود ثم رجع إليه ذلك وهو لا يذكره، فإن أبا حنيفة عليه السلام كان يقول: لا ينبغي له أن يجيزه. وكان ابن أبي ليلى يجيز ذلك. وبه نأخذ^(٢). قال أبو حنيفة عليه السلام: إن كان يذكره ولم يشته عند

والحديث أخرجه الأئمة البخاري وغيره. وقد ذكر قبل ذلك.

(١) وفي المبسوط ج ٩ ص ١٧٨: وإن سرق الحربي المستأمن في دار الإسلام لم يقطع وهو ضامن إلا على قول أبي يوسف وابن أبي ليلى فإنهما يقولان يقطع ولا ضمان عليه، وقد بينا نظيره في كتاب الحدود. وقال في الحدود ص ٥٥ منه: وإذا زنى الحربي بالمسلمة أو الذمية فعليه الحد ولا حد عليه في قول أبي حنيفة، وقال محمد: لا حد على واحد منهما، وهو قول أبي يوسف الأول ثم رجع وقال: يحدان جميعاً، أما المستأمن فعند أبي حنيفة ومحمد لا تقام عليه الحدود التي هي لله تعالى خالصاً كحد الزنا والسرقة وقطع الطريق، وفي قول أبي يوسف الآخر والشافعي بقاء الحد عليه كما يقام على الذمي لأنه ما دام في دارنا فهو ملتزم أحكامنا فيما يرجع إلى المعاملات كالذمي. إلى أن قال: وحجتنا في ذلك قوله تعالى: ﴿أَبْلَغُ أَمْنُهُمْ﴾ فمقتضى ذلك أن يقطع المستأمن مائة واجب بهذا النص حقاً لله تعالى، وفي إقامة الحد عليه تفويت ذلك، ولا يجوز استيفاء حقوق الله تعالى على وجه يكون فيه تفويت ما هو حق الله. والمعنى أن المستأمن ما التزم شيئاً من حقوق الله تعالى وإنما دخل تاجراً ليعاملنا ثم يرجع إلى داره، ألا ترى أنه لا يمنع من الرجوع إلى دار الحرب؟ ولو كان ملتزماً شيئاً من حقوق الله تعالى يمنع من ذلك كالذمي، وهذا لأن منعه من أن يعود حربياً للمسلمين بعد ما حصل في أيديهم حق الله تعالى إلخ. وزيادة التفصيل في المبسوط.

(٢) وهو قول محمد أيضاً. وفي المبسوط ج ١٦ ص ٩٢: وإذا وجد القاضي في ديوانه صحيفة فيها شهادة شهود لا يحفظ أنهم شهدوا عنده بذلك، فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله أن يفكر في ذلك حتى يتذكر، وليس له أن يقضي بذلك إن لم يتذكر. وعند أبي يوسف ومحمد إذا وجد ذلك في نمطرة تحت حاشية فعليه أن يقضي به وإن لم يتذكر. وهذا منهما نوع رحمة، فالقاضي لكثرة اشتغاله يعجز أن يحفظ كل حادثة، ولهذا يكتب، وإنما يحصل المقصود بالكتاب إذا جاز له أن يعتمد على الكتاب عند النسيان فإن الأدمي ليس في وسعه التحرز عن النسيان. إلى أن قال: ومذهب أبي حنيفة هو العزيمة، فالمقصود من الكتاب أن يتذكر إذا نظر فيه لأن الكتاب يُنقلب

أجازه. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: لا يجيزه حتى يثبتته عنده، وإن ذكره. قال: وإذا جاء رجل بكتاب قاض إلى قاض والقاضي لا يعرف كتابه ولا خاتمه، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: لا ينبغي للقاضي الذي أتاه الكتاب أن يقبله حتى يشهد شاهد عدل على خاتم القاضي وعلى ما في الكتاب كله إذا قرئ عليه، عرف القاضي الكتاب والخاتم أو لم يعرفه، ولا يقبله إلا بشاهدين على ما وصفت، لأنه حق، وهو مثل شهادة على شهادة. وقال: لا يقبل الكتاب حتى يشهد الشهود أنه قرأه عليهم وأعطاه نسخة معهم يحضرونها هذا القاضي مع كتاب القاضي. وبه نأخذ. ثم رجع أبو يوسف ^(١). وكان ابن أبي ليلى يقول: إذا شهدوا على خاتم القاضي قبل ذلك منهم. وبه نأخذ ^(٢). قال: وإذا قال الخصم للقاضي: لا أقر ولا أنكر، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: لا أجبره على ذلك ولكنه يدعو المدعي بشهوده. قال: وكان ابن أبي ليلى لا يدعه حتى يقر أو ينكر. وكان أبو يوسف إذا سكت يقول له: احلف مراراً، فإن لم يحلف قضى عليه ^(٣).

كالمرأة للعين، وإنما تعتبر المرأة ليحصل الإدراك بالعين، فإذا لم يحصل كان وجوده كعدمه، فكذلك الكتاب للتذكر بالقلب عند النظر فيه، فإذا لم يتذكر كان وجوده كعدمه، وهذا لأن الكتاب قد يزور ويفتعل به والخط يشبه الخط، والخاتم يشبه الخاتم، وليس للقاضي أن يقضي إلا بعلم، وبوجود الكتاب لا يستفيد العلم مع احتمال التزوير والافتعال فيه.

(١) قلت: وقول محمد في المسألة مثل قول الإمام، صرحه في الهداية. قال السرخسي في المبسوط ج ١٦ ص ٩٥: فإذا أتى القاضي كتاب قاض سأل الذي جاء به البينة على أنه كتابه وخاتمه، لأنه غاب عن القاضي علمه فلا يثبت إلا بشهادة شاهدين ثم يقرأه عليهم ويشهدون على ما فيه. فمن أصل أبي حنيفة رحمه الله أن علم الشهود بما في الكتاب شرط لجواز القضاء بذلك، وهو قول أبي يوسف الأول ثم رجع فقال: إذا شهدوا أنه خاتمه وكتابه قبله وإن لم يعرف ما فيه، وهو قول ابن أبي ليلى رحمه الله، لأن كتاب القاضي إلى القاضي قد يستعمل على شيء لا يعجبها أن يقف عليه غيرها. ولهذا يختم الكتاب. ومعنى الاحتياط يحصل إذا شهدوا أنه كتابه وخاتمه، ولكننا نقول: ما هو المقصود لا بد من أن يكون معلوماً للشاهد، والمقصود ما في الكتاب لا عين الكتاب والختم، وكتب الخصومات لا يستعمل على شيء سوى الخصومة فللتيسير يطلب كتاباً آخر على حدة، فأما ما يبعث على يد الخصم لا يشتمل إلا على ذكر الخصومة ولفظ الشهادة.

(٢) قلت: وهذا قول أبي يوسف الآخر.

(٣) وفي المبسوط قال أبو يوسف ومحمد: يستحقه على حق المدعي ويجبره أنه يلزمه القضاء. إن لم يحلف، فإن لم يحلف قضى عليه بالنكول، وإن حلف دعا المدعي شهوده، فهما يجعلان سكوته أيضاً بمنزلة إنكاره، إلا أن على قولهما إذا طلب المدعي يمين المدعي عليه استحلغه القاضي. قال: وقال ابن أبي ليلى: لا أدعه حتى يقر أو ينكر، لأن الجواب مستحق عليه، فإذا امتنع من إبقاء ما هو مستحق عليه مع قدرته على ذلك أجبره القاضي على إبقائه بالحس. ثم

قال: وإذا أنكر الخصم الدعوى ثم جاء بشهادة الشهود على المخرج منه، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: أقبل ذلك منه. وهذا نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: لا أقبل منه بعد الإنكار مخرجاً^(١). وتفسير ذلك أن الرجل يدعي قبل الرجل الدين فيقول: ما له قلبي شيء، فيقيم الطالب البينة على ماله وقيم الآخر البينة أنه قد أوفاه إياه. قال أبو حنيفة: المطلوب صادق بما قال: ليس قلبي شيء، وليس قوله هذا با كذاب لشهوده على البراءة. قال: وإذا ادعى رجل قبل رجل دعوى، فقال: عندي المخرج، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: ليس هذا عندي بإقرار إنما يقول: عندي البراءة، وقد تكون عنده البراءة من الحق ومن الباطل. وهذا نأخذ.

وكان ابن أبي ليلى يقول: هذا إقرار فإن جاء بمخرج وإلا ألزمه الدعوى^(٢) وأبو حنيفة يقول: إن لم يأت بالمخرج لم تلزمه الدعوى إلا ببينة.

شرط قبول البينة إنكار المدعى عليه فلا بد أن يجبره القاضي حتى يجيب بالإقرار فيتوصل به المدعى إلى حقه، أو بالإقرار فيتمكن من إثبات حقه بالبينة. ولكننا نقول: الإنكار حق المنكر، لأنه يدفع به المدعى عن نفسه ويثبت به حق نفسه فلا يجوز أن يجبر على الإتيان به، ثم السكوت قائم مقام الإنكار، لأن المنكر مانع والسكوت كذلك، والإنكار منازعة بالقول وفي السكوت منازعة بالفعل وهو الامتناع عن التسليم ومن الجواب بعد ما طوبى به فيكون ذلك قائماً مقام إنكاره، ويتمكن المدعى من إثبات حقه بالبينة عند ذلك.

(١) قال في المبسوط: فابن أبي ليلى يقول: هو مناقض في دعواه الإيفاء بعد إنكاره أصل المال خصوصاً إذا قال: ما كان له علي شيء قط، وقبول البينة يبتنى على دعوى صحيحة، ومع التناقض لا تصح الدعوى، ألا ترى أنه لو قال: ما كان له علي شيء قط ولا أعرفه لم تقبل منه البينة على الإيفاء بعد ذلك لهذا المعنى؟ ولكننا نقول: دعواه الإيفاء بعد جحود أصل المال دعوى صحيحة إما باعتبار أنه لا شيء عليه في الحال أو أنه لم يكن عليه شيء قط لكنه ادعى مرة هذه الدعوى الباطلة واستوفى المال بها، فإذا كانت الدعوى صحيحة بهذا الطريق من التوفيق كان متمكناً من إثباتها بالبينة، ثم الثابت بالبينة كالثابت بإقرار الخصم، بخلاف ما إذا قال: ما كان له شيء قط ولا أعرفه، لأن مع ذلك الزيادة في الإنكار متعذر التوفيق بين كلاميه من الوجه الذي قلنا.

(٢) وفي المبسوط: لأن المخرج منها إنما يتحقق بعد الدخول فيها فكان هذا وقوله: أوفيتها إياه أو أبرأتني منها سواء، وذاك إقرار بأصل المال، ولكننا نقول: هو ادعى المخرج من دعواه لا من أصله فلا يكون ذلك إقراراً بالمال صريحاً ولا دلالة. وهكذا نقول في الإبراء، فإنه لو قال: أبرأتني من هذه الدعوى لا يكون ذلك إقراراً بالمال، ثم المخرج من الدعوى ببيان وجه الفساد فيه، ووجه الفساد غير متعين، قد يكون ذلك ببيان أنه ما كان واجباً قط، وقد يكون ذلك ببيان المسقط بعد الوجوب، ومع الاحتمال لا يجب المال.

قال: وإذا أقر الرجل عند القاضي بشيء فلم يقض به القاضي عليه ولم يشته في ديوانه ثم خاصمه إليه فيه بعد ذلك، فإن أبا حنيفة رحمه الله قال: إذا ذكر القاضي ذلك أمضاء عليه. وهذا تأخذ ^(١). وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: لا يمضي ذلك عليه وإن كان ذاكرًا له حتى يشته في ديوانه ^(٢).

باب الفرية

قال أبو يوسف: وإذا قال رجل لرجل من العرب: يا نبطي أو لست من بني فلان لقبيلة، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: لا حد عليه في ذلك وإنما قوله هذا مثل قوله يا كوفي يا بصري يا شامي ^(٣). حدثنا أبو يوسف عمن حدثه عن عطاء بن أبي رباح عن ابن عباس رضي الله عنهما بذلك ^(٤) وأما قوله: لست من بني فلان، فهو صادق ليس هو من ولد فلان لصلبه وإنما هو من ولد الولدان، القذف ههنا إنما وقع على أهل الشرك الذين كانوا في الجاهلية ^(٥). وهذا تأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: فيهما جميعًا الحد.

قال: وإذا قال الرجل لرجل: لست ابن فلان ^(٦) وأمه أمة أو نصرانية وأبوه مسلم،

(١) قلت: هو قول الكل - أفاده السرخسي بقوله: عندنا.

(٢) وفي المبسوط: والقياس ما قلنا، لأن القاضي حين سمع إقراره بذلك كان القاضي يذكر ذلك، والمقصود من الإثبات في ديوانه أن يتذكر ذلك بالنظر فيه عند الحاجة فإذا كان ذاكرًا فما هو المقصود حاصل. ولكن استحسن ابن أبي ليلى رحمه الله وقال القاضي لكثرة اشتغاله ربما يشته عليه ذلك، ولهذا يشته في ديوانه ليرجع إليه فينبغي له الشهود، فإذا لم يشته في ديوانه لو قضى به كان قضاء مع تمكن الشبهة وربما ينسب به إلى الميل، فعليه أن يحتاط في ذلك ولا يقضي بمجرد كونه ذاكرًا حتى يشته في ديوانه.

(٣) ولا حد عليه عند الإمام، لأنه لا يراد بهذا اللفظ القذف، ألا ترى أن الرجل يقول للآخر: أنت رستافي أو خراساني أو كوفي ولا يريد بشيء من ذلك القذف؟ ومذهبنا مروى عن ابن عباس أنه سئل عن رجل قال لرجل من قريش يا نبطي فقال: لا حد عليه - كما في المبسوط ج ٩ ص ١٢٣.

(٤) لم أقف على مخرجه، تتبعته الكتب الموجودة عندي فلم أجده فيه.

(٥) وفي المبسوط ج ٩ ص ١٢٣: وإن قال لرجل: لست من بني فلان لقبيلته لا يحد، لأنه صادق، فإن بني فلان حقيقة أولاده لصلبه وهو ليس منهم ولأنه لو كان هذا قدًا فإسا يكون قدًا لامرأة من تنسب إليه القبيلة وهي كانت كافرة غير محصنة، وهو نظير ما لو قال له: جدك زان أو جدتك زانية فإنه لا يكون قاذفًا بهذا، لأن في أجداده وجداته من هو كافر، فإذا لم يعين مسلمًا لا يكون قاذفًا محصنًا، بخلاف ما لو قال: أنت ابن الزانية لأنه بهذا اللفظ قاذف لأمه الأدنى وهي كانت محصنة فعليه الحد.

(٦) في المبسوط: لست من بني فلان.

فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: لا حد على القاذف إنما وقع القذف ههنا على الأم ولا حد على قاذفها. وبه تأخذ ^(١). وكان ابن أبي ليلى يقول في ذلك: عليه الحد.

قال: وإذا قذف رجل رجلاً فقال: يا ابن الزنايين وقد مات الأبوان، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: إنما عليه حد واحد لأنها كلمة واحدة. وهذا تأخذ ^(٢)، إن فرق القول أو جمعه فهو سواء وعليه حد واحد. وكان ابن أبي ليلى يقول: عليه حدان ويضربه الحدين في مقام واحد وقد فعل ذلك في المسجد ^(٣) وإذا قال الرجل للرجل: يا ابن الزنايين أو قالت المرأة للرجل: يا ابن الزنايين والأبوان حيان، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: إذا كانا حيين

(١) وفي المبسوط: وهذا بناء على الأصل الذي بيناه في كتاب الحدود أن قوله: لست من بني فلان يكون قدماً لأمه عندنا، فإذا كانت أمه أمة أو نصرانية فهي غير محصنة وقذف غير المحصنة لا يوجب الحد. وعند ابن أبي ليلى هذا قذف في نفسه، لأنه يلحقه العار بكونه ولد الزنا كما يلحقه العار بنسبته إلى الزنا فكما أنه لو نسبته إلى الزنا يكون قدماً له فكذلك إذا نكح أمه من أبيه يكون قاذفاً له وهو محصن في نفسه فعلى قاذفه الحد، لأنه قذف أمه بهذا فإن الولد من الزنا لا يكون ثابت النسب من أبيه، فأما الوطء إذا لم يكن زناً يكون مثبتاً للنسب، فعرفنا أن هذا اللفظ قذف أمه فإذا كانت حرة مسلمة فعليه الحد. وفي القياس لا حد عليه، لأنه لا يجوز أن لا يكون ثابت النسب من أبيه من غير أن تكون الأم زانية بأن كانت موطوءة بشبهة ولدت في عدة الوطء، ولكننا تركنا هذا القياس لحديث ابن مسعود رضي الله عنه حيث قال: «لا حد إلا في قذف محصنة أو نفي رجل عن أبيه» ولأنها إذا وطئت بالشبهة فولدها يكون ثابت النسب من إنسان وإنما لا يكون الولد ثابت النسب من الأب إذا كانت هي زانية، فعرفنا أنه بهذا اللفظ قاذف أمه.

(٢) قلت: وهو قول محمد أيضاً أفاده السرخسي بقوله: عندنا. قال السرخسي لأن المذهب في حد القذف عندنا حتى الله تعالى فعند الاجتماع يتداخل والمقصود يحصل بإقامة حد واحد، وهو معنى الزجر للقاذف ودفع العار عن المقذوف. وعند ابن أبي ليلى يضرب حدين لأن عنده المذهب في حد القذف حق العبد.

(٣) قال السرخسي: وهذه هي المسألة التي قال أبو حنيفة رحمه الله فيها: إن القاضي أخطأ فيها في سبع مواضع، فإن معنوه كانت بالكوفة آذاها رجل فقالت له: يا ابن الزنايين، فأني بها إلى ابن أبي ليلى فاعترفت فأقام عليها حدين، فذكر ذلك لأبي حنيفة فقال: أخطأ في سبع مواضع، ثم فسر ذلك فقال: بنى الحكم على إقرار المعنوه وإقرارها هدر. وألزمها الحد والمعنوه لبست من أهل العقوبة، وأقام عليها حدين ومن قذف جماعة لا يقام عليه إلا حد واحد، وأقام حدين معاً ومن اجتمع عليه حدان لا يرأى بينهما ولكن يضرب أحدهما ثم يترك حتى يرأى ثم يقام الآخر، وأقام الحد في المسجد وليس للإمام أن يفيم الحد في المسجد، وضربها قائمة وإنما تضرب المرأة قاعدة، وضربها لا بحضرة وليها وإنما يقام الحد على المرأة بحضرة وليها حتى إذا انكشف شيء من بدنها في اضطرابها ستر الولي ذلك عليها. فانتشر بالكوفة أن القاضي أخطأ في مسألة واحدة في سبعة مواضع.

بالكوفة لم يكن على قاذفهما الحد إلا أن يأتيا بطلبان ذلك^(١) ولا يضرب الرجل حدين في مقام واحد وإن وجبا عليه جميعاً. وبه نأخذ^(٢).
قال: ولا يكون في هذا أبداً إلا حد واحد. وكان ابن أبي ليلى يضربهما جميعاً حدين في مقام واحد ويضرب المرأة قائمة ويضربهما حدين في كلمة واحدة ويقيم الحدود في المسجد^(٣) أظن أبا حنيفة عليه السلام قال: لا ولا يكون على من قذف بكلمة أو كلمتين أو جماعة أو فرادى إلا حد واحد، فإن أخذه بعضهم فحد له كان لجميع ما قذف. بلغنا عن رسول الله ﷺ^(٤). وبه نأخذ. وقال: لا تقام الحدود في المساجد.

(١) وفي المبسوط ج ٩ ص ١١٣: وإن كان القذف حياً غائباً ليس لأحد من هؤلاء. أن يأخذ بحده عندنا. وقال ابن أبي ليلى: الغائب كالميت لأن خصومته تتعذر لغيبه كما هو متعذر بعد موته، ولكننا نقول: يتوب أو يبعث وكيلًا ليخاصم والخصومة باعتبار تناول العرض أصل فما لم يقع اليأس عنه لا يعتبر بالخصومة باعتبار الشين، وفي الميت الخصومة باعتبار تناول العرض مأبوس عنه فيقام الحد بخصومة يلحقه الشين، بخلاف الغائب، فإن مات هذا الغائب قبل أن يرجع لم يأخذ وليه أيضاً عندنا. قلت: وعلل هذه المسألة فقال: وعندنا المقلب حق الله تعالى فلا يورث عملاً بقوله ﷺ «لا يجري الإرث فيما هو من حق الله تعالى» ولأن الإرث خلافه الوارث المورث بعد موته في حقه، والله تعالى يتعالى عن ذلك إلخ. والتفصيل فيه فليراجعه من طلب التفصيل.

(٢) وفي المبسوط ج ٩ ص ١٠١: وكلما أقام عليه حداً حبسه حتى يبرأ ثم أقام الآخر، لأنه إن والى إقامة هذه الحدود ربما يؤدي إلى الإنلاف. وقد بينا أنه مأمور بإقامة الحد على وجه يكون زاجراً لا متلفاً، ولكنه يحبس لأنه لو خلى سبيله ربما يهرب فلا يتمكن من إقامة الحد عليه ويصير مضيقاً للحد، والإمام منهى عن تضييع الحد بعد ظهوره عنده، وإن كان محصناً اقتصر منه في العين وضربه حد القذف لما فيهما من حق العباد ثم رجمه، لأن حد السرقة والشرب محض حق الله، ومتى اجتمعت الحدود لحق الله وفيها نفس قتل وترك ما سوى ذلك، هكذا نقل عن ابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهما. والمعنى فيه أن في الحدود الواجبة لله تعالى المقصود هو الزجر وأتم ما يكون من الزجر باستيفاء النفس والاستيفاء بما دونه اشتغال بما لا يفيد، فلماذا رجمه ودرأ عنه ما سوى ذلك إلا أنه يضمنه السرقة لأن الضمان قد وجب عليه بالأخذ وإنما يسقط لضرورة استيفاء القطع حقاً لله ولم يوجد ذلك، فلماذا يضمنه السرقة ويأمر بإيفائها من تركه.

(٣) وفي المبسوط ج ٩ ص ١٠١: ولا يقام حد في المسجد ولا قود ولا تعزير لما فيه وهم تلويث المسجد، ولأن المجلود قد يرفع صوته وقد نهى رسول الله ﷺ عن رفع الصوت في المسجد بقوله: «جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم ورفع أصواتكم» ولكن القاضي يخرج من المسجد إذا أراد إقامة الحد بين يديه كما فعله رسول الله ﷺ في حديث الغامدية، أو يبعث أميناً ليقام بحضرته كما فعله رسول الله ﷺ في ماعز رضي الله عنه. قلت: روى البيهقي في سننه عن حكيم بن حزام قال، «نهى رسول الله ﷺ أن يستفاد في المساجد وأن ينشد فيها الأشعار أو تقام فيها الحدود» ج ٨ ص ٣٢٨.

(٤) كذا في الأصل ولعل بعض الكلمات سقطت هنا من الأصل نحو: ذلك أو نحوه أو نحو من ذلك: أو بلغنا ذلك عن رسول الله ﷺ، والله أعلم ولم نجده. وروي ذلك عن إبراهيم النخعي، رواه الإمام محمد في كتاب الآثار، عن الإمام عن حماد عنه.

قال: ومن قذف أبا رجل وأبوه حي لم يحد له حتى يكون الأب الذي يطلب. وإذا مات كان للابن أن يقوم بالحد^(١). وإن كان له عدة بنين فأيهما قام به حد له. وقال أبو حنيفة عليه السلام: لا يضرب الرجل حدين في مقام واحد وإن وجبا عليه جميعاً ولكنه يقيم عليه أحدهما ثم يحبس حتى يخف الضرب ثم يضرب الحد الآخر، وإنما الحدان في شرب وقذف أو زنا وقذف، أو زنا وشرب، فأما قذف كله وشرب كله مراراً^(٢) أو زنا مراراً فإسما عليه حد واحد^(٣).

قال: ولو كان الأبوان المقدوفان حينئذ كانا بمنزلة الميتين في قول ابن أبي ليلى. وأما في قول أبي حنيفة فلا حق للولد حتى يجيء الوالدان أو أحدهما يطلب قذفه وإنما عليه حد واحد في ذلك كله^(٤).

قال: وإذا قذف الرجل رجلاً ميتاً، فإن أبا حنيفة عليه السلام كان يقول: لا يأخذ بحد الميت إلا الولد أو الوالد. بهذا نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: يأخذ أيضاً الأخ والأخت، وأما غير هؤلاء فلا^(٥).

قال: وإذا قذف الرجل امرأته وشهد عليه الشهود بذلك وهو يجحد فإن أبا حنيفة عليه السلام كان يقول: إذا رفع إلى الإمام خبره حبس حتى يلاعن. وهذا نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: إذا جحد ضربته الحد ولا أجبره على اللعان منها إذا جحد^(٦).

(١) قلت: وهذه المسألة مكررة في الحقيقة، وليس بينها وبين التي قبلها كبير فرق إلا أن هناك فرضها في الأبوين وهنا فرضت في أب.

(٢) كذا في الأصل ولعل بعض الكلمات سقطت من الأصل أي فعل ذلك مراراً، والله أعلم.

(٣) قلت: أخرج أبو يوسف في خروجه عن الإمام عن حماد عن إبراهيم قال: إذا سرق مراراً فإسما يده واحدة، وإذا شرب الخمر مراراً وقذف مراراً فإسما عليه حد واحد.

(٤) قلت: هذه المسألة مكررة في الحقيقة. قال في المبسوط ج ٩ ص ١٢٥: رجل قال لرجل: يا ابن الزانية فعلية حد واحد، لأنه قذف أباه وأمه ولو كانا حينئذ فخاصمه لم يكن عليه إلا حد واحد فكذلك إذا كانا ميتين فخاصمه الابن.

(٥) وفي المبسوط ج ٩ ص ١١٢: ثم الخصومة في هذا القذف إلى من ينسب إلى الميت بالولاد أو ينسب إليه الميت بالولاد، ولأنه يلحقهم الشين بذلك وحق الخصومة لدفع العار فمن يلحقه الشين به كان له أن يخاصم بإقامة الحد عليه وليس لأخيه أن يخاصم في ذلك عندنا، وعند ابن أبي ليلى له ذلك لأن للأخ علفة في حقوقه بعد موته كالولد، ألا ترى أنه في القصص بخلفه؟ فكذا في حد القذف. ولكننا نقول: الخصومة هنا ليست بطريق الخلافة، فإن حد القذف لا يورث لبخلف نوارث الموت فيه. وإنما الخصومة لدفع الشين عن نفسه والأخ لا يلحقه الشين بزنا أخيه، لأنه لا ينسب أحد الأخوين إلى صاحبه وإنما نسبة زنا الغير باعتبار نسبته إليه، بخلاف الآباء والأولاد.

(٦) وفي المبسوط ج ٧ ص ٤٤: وإذا أنكر الزوج القذف فأقامت المرأة به البينة عليه وجب اللعان بينهما وعلى قول ابن أبي ليلى يلاعن ويحد، أما اللعان فلأن الثابت بالبينة كائنات سافرات

باب النكاح

قال أبو يوسف رحمه الله: وإذا تزوج المرأة بغير مهر مسمى قد دخل بها، فإن لها مهر مثلها من نساءها، لا وكس ولا شطط. وقال أبو حنيفة رحمه الله: نساؤها أخواتها وبنات عمها. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: نساؤها أمها وخالاتها ^(١). قال: وإذا زوج الرجل ابنته وهي صغيرة ابن أخيه وهو صغير يتيم في حجره، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: النكاح جائز ^(٢) وله الخيار إذا أدرك. وبه نأخذ ^(٣). وكان ابن

الخصم، ثم قال ابن أبي ليلى: إنكاره بمنزلة إكذابه نفسه فيقام عليه الحد. ولكننا نقول: إنكاره نفي القذف وإكذابه نفسه تقرير القذف فكيف يستقيم إقامة إنكاره مقام إكذابه نفسه فلماذا لا يحد. (١) وفي المبسوط ج ٥ ص ٦٤: نساؤها اللاتي يعتبر مهورها بمهورهن عشيرتها من قبل أبيها كإخواتها وعماتها وبنات أعمامها عندنا. وقال ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى: أمها وقوم أمها كالحالات ونحو ذلك، لأن المهر قيمة بضع النساء فيعتبر فيه قرابتها من النساء. ولكننا نقول: قيمة الشيء إنما تعرف بالرجوع إلى قيمة جنسه والإنسان من جنس قوم أبيه، لا من جنس قوم أمه. ألا ترى أن الأم قد تكون أمة والبنت تكون قرشية تبعاً لأبيها؟ فلماذا اعتبر عشيرتها من قبل أبيها ولا يعتبر مهورها بمهر أمها إلا أن تكون أمها من قوم أبيها بأن كانت بنت عمه فحينئذ يعتبر مهورها، لا لأنها أمها بل لأنها بنت عم أبيها، وإنما يعتبر من عشيرتها امرأة هي مثلها في الحسن والجمال والسن والمال والبركة، لأن المهور تختلف باختلاف هذه الأوصاف، قال رحمه الله: «تنكح المرأة لما لها وجمالها» الحديث الخ.

(٢) في المبسوط ج ٤ ص ٢١٥: وحجتنا قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ...﴾ الآية معناه في نكاح اليتامى، وإنما يتحقق هذا الكلام إذا كان يجوز نكاح اليتيمة، وقد نقل عن عائشة رضي الله عنها في تأويل الآية أنها نزلت في يتيمة تكون في حجر وليها يرغب في مالها وجمالها ولا يقسط في صداقها فنهوا عن نكاحهن حتى يبلغوا من أعلى سنتهن في الصداق. وقالت في تأويل قوله تعالى ﴿يَتَنَمَّى الْنِسَاءَ الَّتِي لَا تُؤْتُونَهُنَّ مَا كُتِبَ لَهُنَّ﴾ إنها نزلت في يتيمة تكون في حجر وليها ولا يرغب في نكاحها لدمامتها ولا يزوجه من غيره كي لا يشاركه في مالها فأنزل الله تعالى هذه الآية، فأمر الأولياء بتزوج اليتامى أو بتزويجهم من غيرهم، فذلك دليل على جواز تزويج اليتيمة. وزوج رسول الله ﷺ بنت حمزة رضي الله عنها من عمر بن أبي سلمة رضي الله عنهما وهي صغيرة. والآثار في حواز ذلك مشهورة عن عمر وعلي وعبد الله بن مسعود وابن عمر وأبي هريرة رضي الله عنهم الخ. والتفصيل فيه فمن شاء زيادة على هذا فليرجع إليه *.

(٣) وفي المبسوط ج ٤ ص ٢١٥: فإذا ثبت جواز تزويج الأولياء الصغار والصغيرة فلهما الخيار إذا أدركا في قول أبي حنيفة ومحمد. وهو قول ابن عمر وأبي هريرة رضي الله عنهم، وبه كان يقول أبو يوسف ثم رجع وقال: لا خيار لهما، وهو قول عروة بن الزبير =

* انظر: المبسوط (٢١٤/٤)، وشرح فتح القدير (٢٧٥/٣).

أبي ليلى يقول: لا يجوز ذلك عليه حتى يدرك. ثم رجع أبو يوسف وقال: إذا روج مولى فلا خيار وهو مثل الأب.

قال: وإذا تزوج الرجل المرأة وامرأة أبيها، فإن أبا حنيفة عليه السلام كان يقول: هو جائز. بلغنا ذلك عن عبد الله بن جعفر رضي الله عنهما أنه فعل ذلك، وبه تأخذ. تزوج عبد الله بن جعفر امرأة علي رضي الله عنهم وابنته جميعاً ^(١). وكان ابن أبي ليلى يقول: لا يجوز النكاح. وقال: كل امرأتين لو كانت إحداهما رجلاً لم يحل لها نكاح صاحبتهما فلا ينبغي للرجل أن يجمع بينهما ^(٢).

رضي الله عنهما. قال: لأن هذا عقد عقدًا بولاية مستحقة بالقرابة فلا يثبت فيه خيار البلوغ كعقد الأب والجد إلخ، وجه قولهما أنه زوجها من هو قاصر الشفقة عليها فإذا ملكت أمر نفسها كان لها الخيار كالأمة إذا زوجها مولاهما ثم أعتقها. وهذا لأن أصل الشفقة موجود للمولى ولكنه نأص. يظهر ذلك عند المقابلة بشفقة الآباء، وقد ظهر تأثير هذا النقصان حكمًا حين امتنع ثبوت الولاية في المال للأولياء، فلا اعتبار وجود أصل الشفقة نفذنا العقد، ولا اعتبار نقصان الشفقة أثبتنا الخيار لأن ثبوت الولاية لكليلاً يفوت الكفء الذي خطبها فيكون بمعنى النظر لها، وإنما يتم النظر بإثبات الخيار حتى ينظر لنفسه بعد البلوغ بخلاف الأب فإنه وانفرد الشفقة تام الولاية فلا حاجة إلى إثبات الخيار في عقده وكذلك في عقد الجد لأنه بمنزلة الأب تثبت ولايته في السائل والنفس.

(١) رواه البيهقي [١٦٧/٧] من طريق عثمان بن عمر عن يونس عن الزهري قال: أخبرني غير واحد أن عبد الله بن جعفر جمع بين بنت علي وامرأة علي ثم ماتت بنت علي فتزوج عليها بنتاً لعلي أخرى. قال: وقد رواه ابن أبي ذئب عن عبد الرحمن بن مهران عن عبد الله بن جعفر نحوه، ورواه من طريق جرير بن عبد الحميد عن مغيرة عن قثم مولى آل العباس قال: جمع عبد الله بن جعفر بين ليلى بنت مسعود النهشلية وكانت امرأة علي عليه السلام وبين أم كلثوم بنت علي ثفاطمة رضي الله عنها فكانتا امرأتين وأخرجته ابن سعد من طريق علي بن علي بن السائب أن عبد الله بن جعفر تزوج ليلى امرأة علي وزينب بنت علي من غيرها. وأخرجته ابن أبي شيبة من وجه آخر، وعلقه البخاري وأخرجه الدارقطني: ولا ابن أبي شيبة أيضاً من طريق عكرمة بن خالد أن عبد الله بن صفوان تزوج امرأة رجل من ثقيف وابنته. وله عن ابن علي عن أيوب سئل عن سيرين عن ذلك فقال: لا بأس به، ثبت أن جيلة كان بمصر فعله. زاد الدارقطني له صحة، وقال البيهقي: وعن أيوب أنه قال: ثبت أن سعد بن فرحاً رجل من أصحاب رسول الله ﷺ جمع بين امرأة رجل وابنته من غيرها *.

(٢) وفي المبسوط ج ٤ ص ٢١١، ولا بأس بأن يتزوج الرجل المرأة وبنت زوج قد كان لها من قبل ذلك، يجمع بينهما، لأنه لا قرابة بينهما.

قال: وإذا نظر الرجل إلى فرج المرأة من شهوة، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: تحرم على ابنه وعلى أبيه، وتحرم عليه أمها وابنتها^(١).

وقال ابن أبي ليلى: لا يجوز ذلك، لأن بنت الزوج لو كان ذكرًا لم يكن له أن يتزوج الأخرى، لأنها منكوبة أبيه ولك امرأتين لو كانت إحداهما ذكرًا لم تجز المناكحة بينهما فالجمع بينهما نكاحًا لا يجوز كالأختين، ولكننا نستدل بحديث عبدالله بن جعفر رضي الله عنهما فإنه جمع بين امرأة علي رضي الله عنه وابنته، ثم المانع من الجمع قرابة بين المرأتين أو ما أشبه القرابة في الحرمة كالرضاع، وذلك غير موجود هنا، وما قبله ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى إنما يعتبر إذا تصور من الجانبين كما في الأختين، وذلك لا يتصور هنا فإن امرأة الأب لو صورها ذكرًا جاز له نكاح البنت، فعرفنا أنهما ليستا كالأختين، ولا بأس بأن يجمع بين امرأتين كانتا عند رجل واحد، لأنه لا قرابة بينهما، كما جاز للأول أن يجمع بينهما فكذلك الثاني، وكذلك لا بأس بأن يتزوج المرأة ويتزوج ابنه أمها أو ابنتها، فإن محمد بن الحنفية تزوج امرأة وزوج ابنتها من ابنه، وهذا لأن بنكاح الأم تحرم الأم هي على ابنه فأما أمها أو ابنتها تحرم عليه لا على ابنه، فلهذا جاز لابنه أن يتزوج أمها أو ابنتها، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب.

(١) وفي المبسوط ج ٤ ص ٢٠٨: ولو نظر إلى فرجها بشهوة ثبت به الحرمة عندنا استحسانًا، وفي القياس لا ثبت. وهو قول ابن أبي ليلى والشافعي لأن النظر كالتفكر إذ هو غير متصل بها، ألا ترى أنه لا يفسد به الصوم وإن اتصل به الإنزال؟ ولأن النظر لو كان موجبًا للحرمة لاستوى فيه النظر إلى الفرج وغيره كالمس من شهوة، ولكننا تركنا القياس بحديث أم هانئ رضي الله عنها. قلت: قال الجصاص رواه جرير بن عبد الحميد عن الحجاج عن أبي هانئ .. وذكر البيهقي أيضًا أن النبي ﷺ قال: «من نظر إلى فرج امرأة بشهوة حرمت عليه أمها وابنتها» وعن عمر رضي الله عنه أنه جرد جارية ثم نظر إليها ثم استوهبها منه بعض بنيه فقال: أما إنها لا تحل لك. وفي الحديث: «ملعون من نظر إلى فرج امرأة وابنتها» ثم النظر إلى الفرج بشهوة نوع استمتاع، لأن النظر إلى المحل إما لجمال المحل أو للاستمتاع وليس في ذلك الموضع جمال ليكون النظر بمعنى الجمال فعرفنا أنه نوع استمتاع كالمس، بخلاف النظر إلى سائر الأعضاء، ولأن النظر إلى الفرج لا يحل إلا في الملك، بمنزلة المس من شهوة، بخلاف النظر إلى سائر الأعضاء. ثم معنى الشهوة المعتبرة في المس والنظر أن تنتشر به الآلة أو يزداد انتشارها. فأما مجرد الاشتهاء بالقلب غير معنوي، ألا ترى أن هذا القدر يكون من الشيخ الكبير الذي لا شهوة له؟ والنظر إلى الفرج الذي يتعلق به الحرمة هو النظر إلى الفرج الداخل دون الخارج وإما يكون ذلك إذا كانت منكوبة أما إذا كانت قاعدة مستوية أو قائمة لا تثبت الحرمة بالنظر. ثم حرمة المصاهرة بهذه الأسباب تتعدى إلى آبائه وإن علوا وأبناؤه وإن سفلوا من قبل الرجال والنساء جميعًا وكذلك تتعدى إلى جداتها وإلى نوافلها، لما بينا أن الأجداد والجدات بمنزلة الآباء والأمهات، والنوافل بمنزلة الأولاد فيسا تنسب عليه الحرمة، وذلك كله مروى عن إبراهيم النخعي رحمه الله تعالى. وعلى هذا إذا جامع الرجل أم امرأته حرمت عليه امرأته، نقل ذلك عن أبي بن كعب رضي الله عنه. وكان المعنى فيه أن الحرمة بسبب المصاهرة مثل الحرمة بالرضاع والنسب، وذلك كما يمنع ابتداء النكاح يمنع بقاء النكاح فكذلك هذا يمنع بقاء النكاح كما يمنع ابتداءه.

بلغنا ذلك عن إبراهيم^(١). وبلغنا عن عمر بن الخطاب^{رضي الله عنه} أنه حلال محاربة له فجردها وأن ابنه له استوهبها فقال له: إنها لا تحل لك^(٢). وبلغنا عن عمر بن الخطاب^{رضي الله عنه} أنه قال: «ملعون من نظر إلى فرج امرأة وأمها»^(٣) وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: لا يحرم من ذلك شيء ما لم يلمسه.

قال: وإذا نظر الرجل إلى فرج أمته من شهوة، فإن أبا حنيفة^{رضي الله عنه} كان يقول: لا تحل لأبيه ولا لابنه، ولا تحل له أمها ولا بنتها. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: هي له حلال حتى يلمسها^(٤).

(١) لم أجد من وصله وروى محمد بن أناره وحججه عن أبي حنيفة عن حماد عن إبراهيم قال: إذا قبل الرجل أم امرأته أو لمسها من شهوة حرمت عليه امرأته. قال: وبه نأخذ، وهو قول أبي حنيفة. وأخرج في الآثار عنه عن إبراهيم بن محمد بن المستنير عن أبيه عن مسروق قال: يعموا جاريتي هذه أما إنني لم أصب منها إلا ما يحرمها على ابني من لمس أو نظر. قال محمد: وبه نأخذ، إلا أنا لا نرى النظر شيئاً إلا أن ينظر إلى الفرج بشهوة، فإن نظر إليه بشهوة حرمت على أبيه وابنه وحرمت عليه أمها وابنتها، وهو قول أبي حنيفة. وقال الإمام أبو بكر الحصاص في أحكام القرآن ج ٢ ص ١٢١: وروى حماد عن إبراهيم عن علقمة عن عبد الله قال: «لا ينظر الله إلى رجل نظر إلى فرج امرأة وابنتها» قلت: وأخرجه الدارقطني عن حفص بن غياث عن ليث عن حماد. وأخرجه ابن أبي شيبة أيضاً بسنده إلى حماد الحديث. وأخرجه عبد الرزاق عن إبراهيم قوله.

(٢) قال الإمام الحصاص في أحكام القرآن [٣/ ٦٢]: وروى الأوزاعي عن مكحول أن عمر جرد جارية له فسأله إياها بعض ولده فقال: إنها لا تحل لك. وروى حجاج عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده جرد جارية ثم سأله إياها بعض ولده فقال: إنها لا تحل لك، وروى الثوري عن عمرو بن شعيب عن ابن عمر أنه قال: أيما رجل جرد جارية له فنظر إليه منها، يريد ذلك الأمر، فإنها لا تحل لابنه. قلت: وحديث عمر^{رضي الله عنه} أخرجه ابن أبي شيبة ومالك كما في كنز العمال.

(٣) لم ألق على مخرجه. روى محمد بن عبد الرحمن الجعفي قال: مكتوب في التوراة: «ملعون من نظر إلى فرج امرأة وابنتها» *

(٤) قلت: هذه المسألة والتي قبلها لا فرق بينهما بل هما منشأها من حيث الوطء. قال في السبوط ج ٤ ص ٢٠٧: كما تثبت حرمة المصاهرة بالوطء تثبت بالمس والتقبيل عن شهوة عندنا سواء كان في الملك أو في غير الملك. إلى أن قال: ولكننا نستدل بآثار الصحابة رضي الله عنهم: فقد روي عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال: «إذا جامع الرجل المرأة أو قبلها بشهوة أو لمسها بشهوة أو نظر إلى فرجها بشهوة حرمت على أبيه وابنه وحرمت عليه أمها وابنتها» وعن مسروق قال: «يعموا جاريتي هذه أما إنني لم أصب منها ما يحرمها على ولدي من المس والتقبيل» قلت: وقد مررت الرواية برواية الآثار وفيه «إلا ما يحرمها على ولدي» فلعن (لا) سقط هنا من الأصل، والله أعلم. قال: ولأن المس والتقبيل سبب يتوصل به إلى الوطء فإنه من ذوابعه =

قال: وإذا تزوج الرجل المرأة بشاهدين من غير أن يزوجها ولي والزوج كفء لها، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: النكاح جائز ^(١) ألا ترى أنها لو رفعت أمرها إلى الحاكم ومضى وليها أن يزوجها كان للحاكم أن يزوجها ولا يسعه إلى ذلك ولا ينبغي له غيره؟ فكيف يكون ذلك من الحاكم والولي جائزا ولا يجوز ذلك منها وهي قد وضعت نفسها في الكفاءة؟ بلغنا عن علي ابن أبي طالب رحمته الله أن امرأة زوجت ابنتها فجاء أولياؤها فخاصموا الزوج إلى علي رحمته الله فأجاز علي النكاح ^(٢). وكان ابن أبي ليلى لا يجيز

ومقدماته فيقام مقامه في إثبات الحرمة كما أن النكاح الذي هو سبب الوطء شرعاً يقام مقامه في إثبات الحرمة إلا فيما استثناه الشرع وهي الربية، وهذا لأن الحرمة تنبني على الاحتياط فيقام السبب الداعي إلى الوطء فيه مقام الوطء احتياطاً وإن لم يثبت به سائر الأحكام كما تقام شبهة البعضية بسبب الرضاع مقام حقيقة البعضية في إثبات الحرمة دون سائر الأحكام.

(١) وفي المبسوط ج ٥ ص ١٠ بعد ما ذكر حديث علي رحمته الله الذي ذكره هنا: وفي هذا دليل على أن المرأة إذا زوجت نفسها أو أمرت غير الولي أن يزوجها فزوجها جاز النكاح في ظاهر الرواية سواء كان الزوج كفواً جاز النكاح ولا فلا، ثم رجع فقال: النكاح صحيح سواء كان الزوج كفواً لها أو غير كفء، فالنكاح صحيح إلا أنه إذا لم يكن كفواً لها فلأولياء حق الاعتراض. وفي رواية الحسن إن كان الزوج كفواً لها حاز النكاح وإن لم يكن كفواً لها لا يجوز. وكان أبو يوسف أولاً يقول: لا يجوز تزويجها من كفء أو غير كفء إذا كان لها ولي ثم رجع وقال: إن كان الزوج كفواً لها أو غير كفء لها. وذكر الطحاوي قول أبي يوسف أن الزوج إن كان كفواً أمر القاضي الولي بإجازة العقد فإن أجازته جاز، وإن أبى أن يجيزه لم يفسخ، ولكن القاضي يجيزه فيجوز، وعلى قول محمد يتوقف نكاحها على إجازة الولي سواء زوجت نفسها من كفء أو غير كفء فإن أجازته الولي جاز وإن أبطله بطل، إلا أنه إذا كان الزوج كفواً لها ينبغي للقاضي أن يجدد العقد إذا أبى الولي أن يزوجها منه.

(٢) ذكره بلاغاً، وكذا ذكره محمد في كتاب النكاح، ووصله في كتاب الحجّة على أهل المدينة، فرواه عن أبي يوسف عن سليمان بن أبي سليمان يعني أبا إسحاق الشيباني عن أمه عن بحرية ابنة هاني أنها أنكحت نفسها القعقاع بن المسور فخاصمه أبوها إلى علي بن أبي طالب رحمته الله فأجاز النكاح وقد دخل بها، وروي عن أبي يوسف عن أبي إسحاق الشيباني عن أبي قيس الأودي أن امرأة معه في الدار زوجت ابنتها فجاء أولياؤها فخاصموا زوجها إلى علي بن أبي طالب رحمته الله فأجاز النكاح. ورواه البيهقي من طريق أبي معاوية عن أبي إسحاق عن أبي قيس، وفي رواية ساهما سلسة من عائد الله زوجتها أمها. وروى الأول من طريق هشيم وأبي عوانة وابن إدريس عن الشيباني عن بحرية بنت هاني بن قبيصة أنها زوجت نفسها من القعقاع بن شور وبات عندها وجاء أبوها فاستعدى عليها فقال أدخلت بها؟ قال: نعم، فأجاز النكاح، فقال ابن شور وقال: بحرية مجبولة. وفي الجوهر النقي: وقد جاء من وجه آخر قال ابن أبي شيبة حدثنا ابن فضيل عن أبيه عن الحكم قال: كان علي إذا رفع إليه رجل تزوج امرأة بغير ولي فدحلها أمضاه. فقد روي من وجوه يشد بعضها بعضها. قلت: ورواه أيضاً محمد في كتاب الحجّة عن عبد الرحمن بن عبد الله بن عتبة

اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى ٥٠٥

ذلك^(١). وقال أبو يوسف: وهو موقوف وإن رفع إلى الحاكم وهو كفء أجرت ذلك كأن القاضي مهنا ولي بلغه أن ابنته قد تزوجت فأجاز ذلك.

قال: وإذا تزوج الرجل المرأة فأعلن المهر وقد كان أسر قبل ذلك مهراً وأشهد شهوداً عليه وأعلم الشهود أن المهر الذي يظهره فهو كذا وكذا سمعة يسمع بها القوم وأن أصل المهر هو كذا وكذا الذي في السر ثم تزوج فأعلن الذي قال، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: المهر هو الأول وهو المهر الذي في السر والسمعة باطل الذي أظهر للقوم. وبه نأخذ^(٢).

عن القاسم بن عبد الرحمن في قصة فريعة والمسبب بن نجبة عن عبد الله بن مسعود أنه أجاز قول فريعة في قبول ثبت المسبب.

(١) وفي المبسوط ج ٥ ص ١١: وأما من جوز النكاح بغير ولي استدلل بقوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَا فِي أَنْفُسِنَا﴾ ويقول تعالى: ﴿حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ وقوله تعالى: ﴿أَنْ يَكْخُرَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾ وأضاف العقد إليهن في هذا الآيات فدل أنها تملك الباشرة. والمراد بالعضل: النزع حبساً بأن يحبسها في بيت ويمنعها من أن تزوج، وهذا خطاب للأزواج فإنه قال في أول الآية: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ﴾ وبه نقول إن من طلق امرأته وانقضت عدتها فليس له أن يمتنعها من التزوج بزواج آخر. وأما الأخبار فقوله ﷺ: «الأم أحق بنفسها من وليها» والأب اسم للمرأة لا زوج لها، بكراً كانت أو ثيباً. وهذا هو الصحيح عند أهل اللغة، وهو اختيار الكرخي قال: الأم من النساء كالعزب من الرجال، بخلاف ما ذكر محمد أن الأم اسم للثيب. وقد بنا هذا في شرح الجامع. وقال ﷺ: «ليس للولي مع الثيب أمر» وحديث الخنساء حيث قالت بين يدي رسول الله ﷺ: لكني أردت أن تعلم النسوة أن ليس إلى الآباء من أمور بناتهم شيء. ولما خطب رسول الله ﷺ أم سلمة رضي الله عنها اعتذرت بأعذار من جملتها أن أولياءها غيب، فقال ﷺ: «ليس في أوليائك من لا يرضى بي، قم يا عمر فزوج أمك من رسول الله ﷺ» خاطب به عمر بن أبي سلمة وكان ابن سبع سنين، وعن عمر وعلي وابن عمر رضي الله عنهم جواز النكاح بغير ولي، وأن عائشة رضي الله عنها زوجت ابنة أخيها حفصة بنت عبد الرحمن من المنذر بن الزبير وهو غائب فلما رجع قال: أو مثلي يفتات عليه في بناته؟ فقالت عائشة رضي الله عنها: أو ترغب عن المنذر؟ والله لتملكته أمرها! وهذا تبين أن ما رووا من حديث عائشة رضي الله عنها غير صحيح، فإن فتوى الراوي بخلاف الحديث دليل وهن الحديث، ومدار ذلك الحديث على الزهري، وأنكره الزهري وجوز النكاح بغير ولي. ثم هو محمول على الأمة إذا زوجت نفسها بغير إذن مولاه أو على الصغيرة أو على المجنونة، وكذلك سائر الأخبار التي رووا على هذا تحمل أو على بيان النذب أن المستحب أن لا تباشر المرأة العقد ولكن الولي هو الذي يزوجها. والتفصيل فيه فمن شاء زيادة الإطلاع فليرجع إليه فإنه أطال وفصل فأجاد ﷺ.

(٢) وفي المبسوط ج ٥ ص ٨٧: وإذا تزوجها على مهر في السر وسع في العلانية بأكثر منه يؤخذ بالعلانية، وهذا على وجهين: إن كانا تواضعا في السر على مهر ثم تعاقدتا في العلانية بأكثر منه فالمهر مهر العلانية، لأن تلك المواضعة ما كانت لازمة، وجعل ما عقدا عليه في العلانية بمنزلة الزيادة في مهرها.

وكان ابن أبي ليلى يقول: السمعة هي المهر والذي أسر باطل. أخبرنا أبو يوسف عن مطرف عن عامر قال: إذا أسر الرجل مهراً وأعلن أكثر من ذلك أخذ بالعلانية. أخبرنا أبو يوسف عن الحسن بن عمار عن الحكم عن شريح وإبراهيم مثله.

قال: وإذا زوج الرجل ابنته وقد أدركت، فإن أبا حنيفة عليه السلام كان يقول: إذا كرهت ذلك لم يجر النكاح عليها لأنها قد أدركت وملكت أمرها فلا تكره على ذلك. بلغنا عن رسول الله ﷺ أنه قال: «البكر تستأمر في نفسها وإذنها صماتها»^(١) فلو كانت إذا أكرهت أجبرت على ذلك لم تستأمر. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: النكاح حائز عليها

إلا أن يكون أشهد عليها أو على ولها الذي زوجها منه أن المهر هو الذي في السر والعلانية سمعة، فحينئذ المهر ما سمي لها في السر، لأنها في الإشهاد أظهر أن مرادها الهزل بالزيادة على مهر السر، والهزل ببعض المسمى مانع من الوجوب إلا على قول ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى، فإنه يقول: كما لا يعمل الهزل في جانب المنكحة فكذلك في جانب الصداق فيكون مهرها مهر العلانية، فأما إذا تعاندا في السر بألف وأشهدا أنهما يجددان العقد بألفين سمعة فالصهر هو الأول، لأن العقد الثاني بعد الأول لغو، وبالإشهاد علمنا أنهما قصدا الهزل بما سعا فيه. وإن لم يشهدا في ذلك فالذي أشار إليه في الكتاب أن المهر هو مهر العلانية ويكون هذا منه زيادة لها في المهر.

قالوا: وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، فأما عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى المهر هو الأول، لأن العقد الثاني لغو فما ذكر فيه من الزيادة أيضاً يلغو. وعند أبي حنيفة أصل العقد الثاني وإن صار لغواً فما ذكر فيه من الزيادة يكون معتبراً بمنزلة من قال لعبد وهو أكبر سناً منه: هذا ابني فإنه لما لصا صريح كلامه عندهما لم يعتق العبد، وعند أبي حنيفة رحمه الله وإن لصا صريح كلامه في حكم النسب بقي معتبراً في حق العتق.

(١) أخرج الحارثي من طريق أبي يوسف وأسد بن عمرو والحسن بن زياد والحمامي وغيرهم عن الإمام عن شيبان بن عبد الرحمن عن يحيى بن أبي كثير عن المهاجر بن عكرمة عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «لا تنكح البكر حتى تستأمر ورضاها سكوتها، ولا تنكح الثيب حتى تستأذن» * وأخرجه طلحة بن محمد من طريق محمد والمقرئ وحمة وأسد والحسن وغيرهم، وابن خسرو من طريق المقرئ والأشثاني من طريق السيناني والكلاعي من طريق الوهبي عنه. قلت: وأخرجه الإمام محمد في الحجة عن مالك عن نافع بن جبير عن مطرف عن ابن عباس عن النبي ﷺ قال: «الأم أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها» * وأخرج حديث ابن عباس مسلم والأربعة. وفي الباب عن علي ومعاذ وابن عمر وأبي ذر والمقداد وابن مسعود وجابر وعمران والسنور وابن عمرو وأنس وأمهاث المؤمنين عائشة وأم سلمة وزينب بنت جحش رضي الله عنهم، وأكثرها صحيحة.

* رواه أبو نعيم في مسند أبي حنيفة (ص ١٢٦)، والشيخاني في الحجة (١٣٤/٣).

** رواه مسلم (١٠٣٧/٢)، والترمذي (٤١٦/٣)، والبخاري (٢٥٥٦/٦)، وأبو داود (٢٣٢/٢)، والنسائي (٨٤/٦، ٨٥)، وانظر: الدراية (٥٩/٢، ٦٢)، والتلخيص (١٦١/٣)، والتحقيق لابن الجوزي (٢٥٩/٢).

قال: وإذا تزوج الرجل المرأة ثم اختلفا في المهر فدخل بها وليس بينهما بنت، فإن أبا حنيفة رحمهما الله كان يقول في ذلك: لها مهر مثلها إلا أن يكون ما ادعت أقل من ذلك فيكون لها ما ادعت. وكان ابن أبي ليلى يقول: إنما لها ما سمي لها الزوج وليس لها شيء غير ذلك. وبه نأخذ^(٢). ثم قال أبو يوسف: بعد أن أقر الزوج بما يكون مهر مثلها أو

(١) وفي المبسوط ج ٥ ص ٢: وحدثنا في ذلك حديث أبي هريرة وأبي موسى الأشعري رضي الله عنهما أن النبي ﷺ رد نكاح بكر زوجها أبوها وهي كارهة. وفي حديث آخر قال في البكر: «يزوجها ولها، فإن سكنت فقد رضيت، وإن أبت لم تكره» * وفي رواية فلا يجوز عليها. والدليل عليه حديث الخنساء، فإنها جاءت إلى النبي ﷺ فقالت: إن أبي زوجني من ابن أخيه وأنا لذلك كارهة، فقال ﷺ: «أجيزي ما صنع أبوك» فقالت: ما لي رغبة فيما صنع أبي! فقال ﷺ: «أذهبي فلا نكاح لك إنكحي من شئت» فقالت: أجزت ما صنع أبي ولكنني أردت أن يعلم النساء أن ليس للآباء من أمور بناتهم شيء * * * ولم ينكر عليها رسول الله ﷺ مقاتلتها ولم يستفسر أنها بكر أو تيب، فدل أن الحكم لا يختلف. وفي الحديث المعروف: «البكر تستأمر في نفسها وسكوتها رضاها» فدل أن أصل الرضا منها، والشافعي رحمه الله لا يعمل بهذا الحديث أصلاً، فإنه يقول في حق الأب والجد: لا يشترط رضاها، وفي تزويج غير الأب والجد لا يكتفى بسكوتها.

(٢) وفي المبسوط ج ٥ ص ٦٥: وإذا اختلف الزوجان في المهر فقال الزوج ألف، وقالت المرأة ألفان، ففي قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى يحكم مهر مثلها، وفي قول أبي يوسف وابن أبي ليلى رحمهما الله تعالى القول قول الزوج إلا أن يأتي بشيء مستنكر جداً. وجه قولهما أنهما اختلفا في بدل عقد لا يحتمل الفسخ بالإقالة فيكون القول قول المنكر للزيادة، كما لو اختلفا في بدل الخلع والعق بمال. ولا معنى للمصير إلى تحكيم مهر المثل، لأن وجود مهر المثل عند عدم التسمية، وهنا مع اختلافهما اتفقا على أصل المسمى، وذلك مانع وجوب مهر المثل، ولا معنى للتحالف بينهما، لأن التحالف لفسخ العقد بعد تمامه والنكاح لا يحتمل هذا النوع من الفسخ. والدليل عليه أنه لو طلقها قبل الدخول كان لها نصف ما يقوله الزوج، ولا يصار إلى تحكيم المتعة فكذا في حال قيام العقد، لأن المتعة بعد الطلاق موجب نكاح لا تسمية فيه كمهر المثل قبله. وأما أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى قالوا: لصحة النكاح في الشرع موجب وهو مهر المثل لا تقع البراءة عنه إلا بتسمية صحيحة، فعند الاختلاف في المسمى يجب المصير إلى الموجب الأصلي كالصباغ ورب الثوب إذا اختلفا في الأجر فإنه يصار إلى تحكيم قيمة الصبغ لهذا المعنى. وهذا بخلاف القصار ورب الثوب إذا اختلفا في الأجر، لأنه ليس لعمل القصار موجب بدون التسمية. ثم النكاح عقد محتمل للفسخ فإنه يفسخ بخيار العتق وبخيار البلوغ وعدم الكفاءة ويستحق فيه التسليم والتسلم، فيشبه البيع من هذا الوجه فإذا وقع الاختلاف في البديل يجب التحالف، بخلاف الطلاق بمال والعتق بمال. وأما إذا طلقها قبل الدخول يصار إلى تحكيم المتعة عنى ما نص عليه في الجامع. والتفصيل في المبسوط. وقال في معنى قوله: إلا أن يأتي بشيء مستنكر جداً: والأصح أن مراده أن يدعي شيئاً قليلاً يعلم أنه لا يتزوج مثل تلك المرأة على ذلك المهر عادة.

* رواه البحاري (٢٥٥٥/٦)، وانظر: الفتح: (١٩٦/٩).

** الفتح (١٨/٤)، وسنن سعيد بن منصور (٧٤٣/٣).

قريباً منه قبل منه وإلا لم يقبل منه.

قال: وإذا أعتقت الأمة وزوجها حراً، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يجعل لها الخيار، إن شاءت اختارت نفسها وإن شاءت أقامت مع زوجها ^(١) وكان ابن أبي ليلى يقول: لا خيار لها. ومن حجة ابن أبي ليلى في بريرة أنه يقول: كان زوجها عبداً ^(٢). ومن حجة أبي حنيفة في ذلك أنه يقول: إن الأمة لا تملك نفسها ولا نكاحها. وقد بلغنا عن رسول الله

(١) وفي المبسوط ج ٥ ص ٩٨: وإذا أعتقت الأمة ولها زوج قد كان زوجها المولى منه أو تزوجته بإذن المولى فلها الخيار، إن شاءت أقامت معه، وإن شاءت فارقت، لما روي أن عائشة رضي الله عنها لما أعتقت بريرة قال لها رسول الله ﷺ: «ملكك بضعتك فاختاري» وكان زوجها مغيث يمشي خلفها ويكي وهي تأباه، فقال النبي ﷺ لأصحابه: «ألا تعجبون من شدة حبه لها وبغضها له!» ثم قال: «اتقي الله فإنه زوجك وأب ولدك» فقالت أتأمرني؟ فقال: «لا إنما أنا شافع» فقالت: إذا لا حاجة بي إليه. فاختارت نفسها *. وكان المعنى فيه أن ملك الزوج يزداد عليها بالعق، فإن قبل العتق كان يملك عليها تطليقتين ويملك مراجعتها في قرأين وعدتها حيضتان، وذلك كله يزداد بالعق وهي لا تتواصل إلى رفع هذه الزيادة إلا برفع أصل العقد، فأثبت الشرع لها الخيار لهذا، ولهذا لو اختارت نفسها كان فسحاً لا طلاقاً بمنزلة الخيار الثابت لرفع أصل العقد، وفي حق من توقف على إجازته لا يكون طلاقاً، ولأن سبب هذا الخيار معنى في جانبها وهو ملكها أمر نفسها والفرقة متى كانت بسبب من جهة المرأة لا تكون طلاقاً يستوي إن كان الزوج حراً أو عبداً، عندنا، إلى أن قال: الرواة اختلفوا في زوج بريرة رضي الله عنها فروي أنه كان عبداً وروي أنه كان حراً عند عتقها، ولما تعارضت الروايات في صفة زوجها بجعل كأنه لم ينقل في ذلك شيء فيبقى الاعتماد على قول رسول الله ﷺ: «ملكك بضعتك فاختاري» وفي هذا التعليل لا فرق بين أن يكون الزوج حراً أو عبداً.

(٢) وفي عقود الجواهر المنيفة ج ١ ص ١١٩: ونقل (أي ابن الترمذاني) عن ابن حزم في المحلى ما ملخصه أنه لا خلاف أن من شهد بالحرية يقدم على من شهد بالرق لأن عنده زيادة علم، ثم لو لم يختلف أنه كان عبداً هل جاء في شيء من الأخبار أنه عليه السلام إنما خيرها لأنها تحت عبداً؟ هذا لا يجدونه أبداً فلا فرق بين من يدعي أنه خيرها لأنه كان عبداً وبين من يدعي أنه خيرها لأنه كان أسود واسمه مغيث، فالحق إذن أنه إنما خيرها لكونها عتقت فوجب تخيير كل معتقة سواء كانت تحت حر أو عبد، وإلى هذا ذهب ابن سيرين وطاوس والشعمي، وذكر ذلك عبدالرزاق بأسانيد صحيحة. وأخرجه ابن أبي شيبة عن النخعي ومجاهد، وحكاها الخطابي عن حماد والثوري وأصحاب الرأي. وفي التمهيد: وبه قال مكحول. وفي الاستذكار إنه قول ابن المسيب أيضاً، والله أعلم.

* رواه أبو داود (٢٧٠/٢)، والدارقطني (٢٩٣/٣)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٨٣/٣)، وابن حبان (٩٦/١٠)، وانظر: التحقيق (٢٧٩/٢)، ونصب الراية (٢٠٦/٣)، والمحلى (٢٣٤/٩)، (٢٣٥).

ﷺ أنه خير بريرة حين عتقت^(١). وقد بلغنا عن عائشة رضي الله عنها أن زوج بريرة كان حرًا^(٢).

قال: وإذا تزوجت وزوجها غائب كان قد نعي إليها فولدت من زوجها الآخر ثم جاء زوجها الأول، فإن أبا حذيفة ﷺ كان يقول: الولد للأول وهو صاحب الفراش. وقد بلغنا عن رسول الله ﷺ أنه قال: «الولد للفراش وللعاهر الحجر»^(٣). وكان ابن أبي لبلى

(١) أخرجه الحارثي في مسنده من طريق علي بن يزيد عن الإمام عن حماد عن إبراهيم عن الأسود عن عائشة أنها أعتقت بريرة ولها زوج مولى لآل أبي أحمد فخيرها رسول الله ﷺ فاحتارت نفسها ففرق بينهما، وكان زوجها حرًا. قلت: حديث عتق بريرة وتخيرها أخرجه البخاري ومسلم عن عائشة رضي الله عنها.

(٢) أخرجه الحارثي من طريق زيد بن الحباب: سعت أبا حذيفة، وهو في المسجد الجامع بالكوفة يسأله قوم من أهل خراسان عن زوج بريرة أكان عبداً أو حرًا فقال: كان حرًا، فخيرها النبي ﷺ. حدثني حماد عن إبراهيم عن الأسود عن عائشة، وأخرجه البخاري وغيره من الأئمة، وأخرجه الإمام محمد في كتاب الحجّة عن أبي معاوية عن الأعمش عن إبراهيم عن الأسود عن عائشة رضي الله عنها، وأخرجه عن عباد بن العوام عن عاصم الأحول عن الشعبي عن عائشة، وأخرجه عن عباد بن العوام عن سعيد بن أبي عروبة عن إبراهيم عن الأسود قال: سألت عائشة رضي الله عنها عن زوج بريرة فقالت: كان حرًا، وأخرجه عن إبراهيم مرسلاً وعن الشعبي موقوفاً.

(٣) أخرجه الحارثي في مسنده من طريق محمد بن بشر عن الإمام عن حماد عن إبراهيم عن الأسود عن عمر ﷺ أن النبي ﷺ قال: «الولد للفراش وللعاهر الحجر» وأخرجه محمد بن طلحة من طريق عبد الوهاب بن نجدة عن الإمام عن إسماعيل بن عياش الحمصي عن شرحبيل بن مسلم الخولاني عن أبي أمامة قال: سعت رسول الله ﷺ يقول عام حجة الوداع: «إن الله تعالى قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية للوارث، والولد للفراش وللعاهر الحجر...» الحديث بطوله، وأخرجه القاضي أبو بكر محمد بن عبد الباقي في مسند الإمام من طريق أبي يوسف عنه عن علي بن مسهر عن الأعمش عن إسماعيل بن عياش -الحديث-. قلت: وأخرجه الشيخان من حديث أبي هريرة وعائشة وفي حديثها قصة سودة، ورواه أبو داود عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده رفعه: «لا دعوة في الإسلام، ذهب أمر الجاهلية، الولد للفراش وللعاهر الحجر» ورواه البيهقي عن عثمان ﷺ أن رسول الله ﷺ قضى أن الولد للفراش وللعاهر الحجر، وفيه قصة. ورواه الترمذي من حديث أبي أمامة، ورواه أبو داود عن علي ﷺ أن رسول الله ﷺ قضى أن الولد للفراش، وفيه قصة*.

* رواه البخاري (٧٢٤/٢)، (٨٥٢)، (١٠٠٧/٣)، (١٥٦٥/٤)، (٢٤٨١/٦)، (٢٤٩٩)، (٢٤٨٤)، ومسلم (٢/١٢٨٠)، والترمذي (٤٦٣/٣)، (٤٣٣/٤)، والطحاوي (١٠٤/٣)، (١١٣)، (١١٤)، والبيهقي (٨٦/٦)، (١٥٧/٧)، (٤٠٢)، والدارقطني (٣١٣/٣)، (٢٤١/٤)، والشافعي في مسنده (ص ١٨٢)، وأبو داود (٢٨٢/٢)، والنسائي (١٨٠/٦)، وابن ماجه (٦٤٦/١)، والحاكم (٧٣١/٣) انظر: الدراية (٧٣/٢)، والتلخيص (٣/٤).

يقول: الولد للآخر لأنه ليس بعاهر.
والعاهر: الزاني لأنه متزوج. وكذلك بلغنا عن علي بن أبي طالب عليه السلام ^(١).
وبه نأخذ ^(٢).

(١) أخرجه الإمام محمد في دعوى الأصل، وأخرجه البيهقي من طريق هشيم عن الشيباني عن عمران بن كعب أن عبيد الله بن الحر تزوج جارية من قومه يقال لها الدرداء زوجها أبوها فانطلق عبيد الله فلاحق بمعارية فأطال الغيبة على امرأته ومات أبو الجارية فزوجه أهلها من رجل منهم يقال له عكرمة فبلغ ذلك عبيد الله فقدم فخاصمهم إلى علي عليه السلام فرد عليه المرأة، وكانت حاملاً من عكرمة فوضعها على يدي عدل فقالت المرأة لعلي: أنا أحق بمالي أو عبيد الله بن الحر؟ فقال: بل أنت أحق بذلك، قالت: فأشهدك أن كل ما كان لي على عكرمة من شيء من صداقي فهو له، فلما وضعت ما في بطنها ردها إلى عبيد الله بن الحر وألحق الوليد بآبيه.

(٢) وفي كتاب الدعوى من المبسوط ج ١٧ ص ٦١ محتجاً للإمام في هذه المسألة: لأنه صاحب الفرائض الصحيح، فإن نفيه لا يفسد فراشه، والزواج الثاني صاحب الفرائض الفاسد. ولا معاوضة بين الصحيح والفاسد بوجه بل الفاسد مدفوع بالصحيح، والمرأة مردودة على الزوج الأول والولد ثابت النسب منه كمن زوج أمته فجاءت بولد ثبت النسب من الزوج دون المولى وإن ادعاه المولى، لأن ملك اليمين لا يعارض النكاح في الفرائض بل الفرائض لصاحب النكاح بل أولى، فإن هناك ملك اليمين عند الانفراد غير مثبت للحل والنكاح الفاسد عند الانفراد غير مثبت للحل، فإن نفى الأول والآخر الولد أو نفاه أحدهما أو ادعيا أو ادعاه أحدهما فهو للأول على كل حال، ولا حد ولا لعان لأنها غير محصنة حين دخل الزوج الثاني عليها بنكاح فاسد، فلا يجري اللعان بينها وبين الأول، والنسب إذا ثبت بالنكاح لا ينتفي إلا باللعان. وكان ابن أبي ليلى يقول: الولد للثاني، لأن الفرائض الفاسد يثبت النسب كالفرائض الصحيح أو أقوى حتى يثبت النسب به على وجه لا ينتفي بالنفي، ثم الثاني إليها أقرب يداً والولد مخلوق من مائه حقيقة فيترجح جانباه بالقرب واعتباراً للحقيقة. وذكر أبو عصمة عن إسماعيل بن حماد عن عبد الكريم الجرجاني عن أبي حنيفة عليه السلام أن النسب يثبت من الزوج الثاني كما هو قول ابن أبي ليلى، وفيه حديث الشعبي ذكره [أي محمد] في الكتاب (أي في الدعوى من الأصل) أن رجلاً من الجعفين زوج ابنته من عبيد الله بن الحر ثم مات ولحق عبيد الله بمعارية عليه السلام فزوج الجارية إختوها، فجاء ابن الحر فخاصم زوجها إلى علي عليه السلام فقال علي عليه السلام: أما إنك الممالي علينا عدونا! فقال: أيمعني ذلك من عدلك؟ فقال: لا، ف قضى بالمرأة له وقضى بالولد للزوج الآخر، إلا أن أبا حنيفة رحمه الله قال: الحديث غير مشهور فلا يترك به القياس الظاهر، ولو ثبت وجب القول به. وكان أبو يوسف رحمه الله يقول: إن جاءت به لأقل من ستة أشهر منذ تزوجه الثاني فهو من الزوج الأول وإن جاءت به لستة أشهر فصاعداً منذ تزوجه الثاني فهو الزوج الثاني سواء ادعياه أو نفياه، لأن النكاح الفاسد يلحق بالصحيح في حكم النسب، فباعتراض الثاني على الأول ينقطع الأول في حكم النسب ويكون الحكم للثاني، والتقدير فيه بأدنى مدة الحبل اعتباراً للفاسد بالصحيح. وإنما قلنا إن الأول ينقطع بالثاني، لأن بدخول الثاني بها تحرم على الأول ويلزمها العدة من الثاني ووجوب العدة ليس إلا لصيانة الماء في الرحم، فلو لم يكن النسب بحيث يثبت من الثاني لم يكن

باب الطلاق

قال: أخبرنا أبو يوسف عن الأشعث بن سوار^(١) عن الحكم عن إبراهيم عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه كان يقول في الحرام: إن نوى به يمينًا فيمين وإن نوى طلاقًا فطلاق وهو ما نوى من ذلك^(٢). وإذا قال الرجل: كل حل علي حرام، فإن أبا حنيفة رضي الله عنه كان يقول:

لوجوب العدة عليها من الثاني معنى. وعلى قول محمد رحمه الله إن جاءت به لأكثر من سنتين منذ دخل بها الثاني فهو للثاني، وإن جاءت به لأقل من سنتين منذ دخل بها فهو للأول. لأن وجوب العدة عليها من الثاني بالدخول لا بالنكاح، والحرمة إنما تثبت على الأول لوجوب العدة من الثاني فكانت حرمتها عليه بهذا السبب كحرمتها بالطلاق، والتقدير بأدنى مدة الحبل عند قيام الحل ولا حل بينهما فالعبرة للمكان، فإذا جاءت به لأقل من سنتين منذ دخل بها الثاني يتوهم أن يكون هذا من علوق كان قبل دخول الثاني بها في حال حلها للأول فكان النسب ثابتًا منه، وإن جاءت به لأكثر من سنتين فقد انقطع هذا التوهم فكان النسب من الثاني.

(١) هو أشعث بن سوار الكندي التوابي: جمع تابوت، الأفرق الأثرم، قاضي الأهواز كوفي. روى عن الحسن وابن سيرين وطائفة. وعنه شعبة وحفص بن غياث وهشيم، وخلق. قال الثوري: أثبت من مجالد. قال ابن معين والدارقطني ضعيف. وقال عبد الله بن أحمد الدورقي عن يحيى بن معين: أشعث ابن سوار ثقة. قلت: روى له الأربعة إلا أبا داود ومسلم متابعة والبخاري في الأدب المفرد. مات سنة ١٣٦.

(٢) وأخرجه البيهقي [٣٥١/٧] من طريق سفيان عن أشعث بن سوار عن الحكم عن إبراهيم عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه كان يقول: نيته في الحرام ما نوى، إن لم يكن نوى طلاقًا فهي يمين. وروى من طريق أبي مسلم عن الأنصاري عن أشعث عن الحسن في الحرام إن نوى يمينًا فيمين، وإن نوى طلاقًا فطلاق. وروى من طريق علي بن الجعد عن شريك عن مخول بن راشد عن أبي جعفر في الحرام إن نوى طلاقًا فهي تطليقة واحدة وهو أملك بالرجعة، وإن لم ينو طلاقًا فيمين يكفرها. قال (أي علي بن الجعد): وأنا شريك عن مخول عن عامر عن ابن مسعود مثله. وروي عن عمر أنه كان يجعل الحرام يمينًا. وروي عن سفيان عن حبيب بن أبي ثابت عن إبراهيم عن عمر أنه أتاه رجل قد طلق امرأته تطليقتين فقال: أنت علي حرام. فقال عمر: لا أردّها عليك. وروي عن الشعبي في الرجل يجعل امرأته عليه حرامًا قال: يقولون إن عليًا جعلها ثلاثًا، قال عامر: ما قال رضي الله عنه هذا إنما قال: لا أحلها ولا أحرمها. قال البيهقي: وروينا فيما مضى عن علي أنها ثلاث إذا نوى إلا أنها رواية ضعيفة. قلت: وقال الحافظ علاء الدين في الجوهر: وقال صاحب الاستذكار: الصحيح عن علي رضي الله عنه أنها ثلاث، وكذا مذهب زيد إلى أن قال: وذكر البيهقي في هذا الباب عن جماعة من الصحابة وغيرهم قالوا: الحرام يمين يكفرها. وهذا يرد قول الشافعي ولا يكون يمينًا، وإذا كان الحرام يمينًا فاليمين لا يكفر إلا بعد الحنث. وكلام هؤلاء محمول على ما إذا أطلق التحريم ولم يكن له نية، وكلام علي وغيره ممن جعله طلاقًا محمول على ما إذا نوى الطلاق. انتهى ما قاله الحافظ.

وروى الإمام محمد في كتاب الآثار عن الإمام عن حماد عن إبراهيم في الرجل يقول لامرأته: أنت

القول قول الزوج، فإن لم يعن طلاقاً فليس بطلاق وإنما هو يمين يكفرها، وإن عني الطلاق ونوى ثلاثاً، وإن نوى واحدة فواحدة بائنة، وإن نوى طلاقاً ولم ينو عدداً فهي واحدة بائنة^(١). وكذا إذا قال لامرأته: هي علي حرام^(٢). وكذلك إذا قال لامرأته:

علي حرام: إن نوى الطلاق فهي واحدة وهو أملك برجعتها.

قال محمد: وأما في قول أبي حنيفة فإن نوى الطلاق فهو ما نوى، وإن نوى واحدة فهي واحدة بائنة، وإن نوى طلاقاً ولم ينو عدداً فهي واحدة بائن. وإن نوى اثنتين فهي واحدة بائن، وإن نوى واحدة يملك الرجعة فهي واحدة بائن، وإن نوى ثلاثاً فهي ثلاث لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره، وإن لم ينو طلاقاً فهي يمين، وهو مول إن تركها أربعة أشهر لا يقرها بانت بالإيلاء، وإن لم تكن له نية فهو إيلاء أيضاً، وإن نوى الكذب فليس بشيء. وهذا قول أبي حنيفة رحمتهما.

(١) وفي المسوط ج ٦ ص ٧١: «ولو قال: كل حل علي حرام يسأل عن نيته، فإذا نوى يميناً فهو يمين ولا تدخل امرأته فيه إلا أن ينويها فإذا لم ينو حمل ذلك على الطعام والشراب خاصة» وفي القياس وهو قول زفر رحمه الله تعالى كما يفرغ من يمينه يحث وتلزمه الكفارة. فإن فتح العينين والعود والقيام حل داخل في هذا التحريم فكان شرط الحث عقيب التحريم موجوداً. ولكننا نقول: علمنا يقيناً أنه لم يرد به العموم لأن البر مقصود ولا تصور للبر إذا حمل على العموم، فإذا لم يمكن اعتبار معنى العموم فيه حمل على المتعارف وهو الطعام والشراب الذي به قوام النفس. ولا تدخل المرأة فيه إلا أن ينويها، لأن إدخالها بدون النية لمرعاة العموم وقد تعذر ذلك، والعادة أن المرأة إذا قصدت بالتحريم تخص بالذكر «فإن نواها دخلت فيه» لأن المنوي من احتملات لفظه، ولكن لا يخرج الطعام والشراب، حتى إذا أكل أو شرب أو قرب امرأته حث، لأن ظاهر لفظه للطعام والشراب ولا يدين في صرف اللفظ عن ظاهره «فإذا حث سقط عنه الإيلاء» لأن الكفارة لرمته وارتفعت اليمين «وإن لم يكن له نية فهو يمين يكفرها» لأن الحرمة باليمين أدنى الحرمات «وإن نوى الطلاق فالقول فيه كالقول في المسألة الأولى» وعند نية الطلاق لا يكون يميناً. لأنه لفظ واحد فلا يسع فيه معنيان مختلفان والطلاق غير اليمين. فإذا عملت نيته في الطلاق سقط اعتبار معنى اليمين. وعلى هذا روى عيسى بن أبان عن أبي يوسف ومحمد أنه لو قال لامرأتين: أتتما علي حرام ينوي في إحداها الطلاق وفي الأخرى اليمين أنه يكون طلاقاً فيهما جميعاً، وكذلك لو نوى في إحداها الطلاق ثلاثاً وفي الأخرى واحدة يكون ثلاثاً فيهما جميعاً لأنه كلام واحد فلا يحتمل معنيين مختلفين «وإن نوى الكذب فهو كذب» كما بينا في الفصل الأول.

(٢) وهذه المسألة في المسوط ج ٦ ص ٧٠ مبسطة مدللة مشروحة أنقل لك بعض صورها: قال: وإن نوى الطلاق أي بالحرام لأنها مفروضة في لفظ الحرام، ولم ينو عدداً فهذه واحدة بائنة لأن نية الطلاق قد صحت فيقع القدر المتيقن وهو الواحدة، وإن لم ينو الطلاق ولكن نوى اليمين كان يميناً فإن تحريم الحلال يمين، قال الله تعالى: ﴿يَتَأْتِيَ النَّبِيَّ لَمْ تَحَرِّمْ مَا أَحَلَّ اللَّهُ﴾ إلى قوله تعالى: ﴿قَدْ قَرَضَ اللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَانِكُمْ﴾ جاء في التفسير أنه كان حرم مارية القبطية على نفسه، وفي بعض الروايات حرم العسل على نفسه، وروى الضحاك عن أبي بكر وعمر وابن

خلية أو برة أو بائن أو بنة فالقول قول الزوج وهو ما نوى، إن نوى واحدة فهي واحدة بائنة، وإن نوى ثلاثاً فثلاث^(١) بلغنا ذلك عن شريح^(٢) وإن نوى اثنتين فهي واحدة بائنة، وإن لم ينو طلاقاً فليس بطلاق غير أن عليه اليمين ما نوى طلاقاً. وبه نأخذ. وكان

مسعود وابن عباس وعائشة رضي الله عنهم في هذا اللفظ أنه لو نوى الطلاق فهو طلاق وإن نوى اليمين فهو يمين، وعن ابن عمر قريباً منه، وعن زيد^(٣) قال: يمين يكفرها. والشافعي رحمه الله يقول: تحريم الحلال لا يكون يميناً ولكن نجب به الكفارة في الزوجة والأمة خاصة، وكذلك إن لم يكن له نية فهو يمين، لأن الحرمة الثانية باليمين دون الحرمة التي تثبت بالطلاق، وعند الاحتمال لا يثبت إلا القدر المتيقن فكان يميناً إن قرأها كفر عن يمينه للحث، وإن لم يقرأها حتى مضت أربعة أشهر بانت بالإيلاء. وكذلك لو نوى الإيلاء فهو نية اليمين سواء، وإن نوى الكذب فهو كذب لا حكم له، لأن كلامه من حيث الظاهر كذب فإنه وصفها بالحرمة وهي حلال له. قالوا: هذا فيما بينه وبين الله تعالى، فأما في القضاء فلا يدين، لأن كلام العاقل محمول على الصحة والعمل به شرعاً فلا يلغي مع إمكان الأعمال، وفي حمله على الكذب إلغائه. ولم يذكر في الكتاب ما لو قال: نويت به الظهار، وذكر في النوادر أنه يكون ظهاراً في قول أبي حنيفة وأبي يوسف لأنها تحرم عليه بالظهار كما تحرم عليه بالطلاق فكان ما نوى من محتملات لفظه، وعند محمد لا يكون ظهاراً لأن الظهار تشبيه المحللة بالحرمة فبدون حرف التشبيه وهو الكاف لا يثبت الظهار.

(١) وفي المبسوط ج ٦ ص ٧٢: ولو قال: أنت مني بائن أو بنة أو خلية أو برة فإن لم ينو الطلاق لا يقع الطلاق لأنه تكلم بكلام محتمل فالبينونة تارة تكون من المنزل وتارة تكون في الصحة والعشرة وتارة من النكاح، واللفظ المحتمل لا يتعين فيه بعض الجهات بدون النية أو غلبة الاستعمال، ولأن بدون النية معنى الطلاق مشكوك في هذا اللفظ والطلاق بالشك لا ينزل، وإن نوى الطلاق فهو كما نوى إن نوى ثلاثاً فثلاث لأنه نوى أتم أنواع البينونة فإن البينونة تارة تكون مع احتمال الوصل عفيه وتارة تكون على وجه لا يحتمل الوصل عفيه وهو الثلاث ما لم تتزوج بزواج آخر فعلت نيته، وإن نوى اثنتين فهي واحدة بائنة عندنا خلافاً لزفر رحمه الله. وقد بينا في الفصل الأول الكلام في هذا فإن قوله بائن كلمة واحدة فلا تحتمل العدد، وإن نوى واحدة أو نوى الطلاق فقط فهي واحدة بائنة عندنا إلخ.

(٢) روى الإمام عن حماد عن إبراهيم أن عروة بن المغيرة أرسل إلى شريح وهو أمير الكوفة فسأله: يقول الرجل لامرأته: أنت طالق ألبتة؟ فقال: كان علي ابن أبي طالب^(٤) يجعلها ثلاثاً، وكان عمر^(٥) يجعلها واحدة وهو أملك برجعتها. فقال عروة بن المغيرة: فما تقول أنت؟ قال شريح: أخبرتك بما قالوا، فقال عروة بن المغيرة: عزمت عليك لما قلت فيها. قال شريح: أراه قد خرج منه الطلاق وقوله «ألبتة» بدعة فنيته عند بدعته، فإن كان أراد ثلاثاً فثلاث، وإن كان أراد واحدة فواحدة بائنة وهو خاطب. ثم قال إبراهيم: وقول شريح أحب إلي من قولهما، رواه عنه الحسن بن زياد في مسنده. وأخرجه ابن خسر أيضاً في مسنده من طريقه عنه. ورواه محمد عنه في كتاب الآثار نحو ما رواه ابن زياد. قال محمد: وبه نأخذ. وهو قول أبي حنيفة.

ابن أبي ليلى يقول في جميع ما ذكرت: هي ثلاث تطليقات لا ندينه في شيء منها ولا نجعل القول قوله في شيء من ذلك^(١).
قال: وإذا قال الرجل لامرأته: أمرك في يدك فقالت: قد طلقت نفسي ثلاثاً، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: إذا كان الزوج نوى ثلاثاً فهي ثلاث، وإن كان نوى واحدة فهي واحدة بائة. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: هي ثلاث ولا يسأل الزوج عن شيء^(٢).
قال: وكان أبو حنيفة رحمته الله يقول في الخيار: إن اختارت نفسها فواحدة بائة، وإن اختارت زوجها فلا شيء. وبه نأخذ^(٣). وكان ابن أبي ليلى يقول: إن اختارت نفسها فواحدة يملكها الرجعة، وإن اختارت زوجها فلا شيء.

(١) وفي المبسوط ج ٦ ص ٧١: وعلى قول ابن أبي ليلى في هذا ونظائره من الكنايات وهي ثلاث لا يدين في شيء لأنه وصفها بكونها محرمة عليه والحرم لا تثبت صفة للمحلل إلا بزوال صفة الحل لاستحالة اجتماع الضدين في محل واحد. وصفة الحل لا تزول إلا بالتطليقات الثلاث، فكان وقوع الطلاق موجباً لهذا اللفظ حقيقة فلا يدين في شيء آخر، ولكننا نقول: وصفها بالحرمه أنواع ولها أسباب، فإذا نوى نوعاً أو سبباً كان المنوي من محتملات كلامه فتصح نيته.

(٢) وفي المبسوط ج ٦ ص ٢٣٢: وعن ابن أبي ليلى هي ثلاث ولا يصدق في القضاء إذا قال نويت واحدة لأنه فوض إليها هذا الكلام جنس ما يملك عليها وذلك ثلاث، ولكننا نقول: التفويض قد يكون خاصاً وقد يكون عاماً، فإذا نوى الواحدة فقد قصد تفويضاً خاصاً وهو غير مخالف للظاهر، وكذلك إن نوى الطلاق فقط، لأنه لا يثبت إلا القدر المتيقن عند الاحتمال، وكذلك إن نوى اثنتين لأن هذا نية العدد وهي لا تسع في هذا اللفظ فتكون واحدة بائة.

(٣) وفي المبسوط ج ٦ ص ٢١٣: «ثم المحيرة إذا اختارت زوجها لم يقع عليها شيء إلا على قول علي رحمته الله فإنه يقول يقع تطليقة رجعية إذا اختارت زوجها» فكانه جعل عين هذا اللفظ طلاقاً «فقال: إذا اختارت زوجها فالواقع به طلاق لا يرفع الزوجية، ولسنا نأخذ بهذا بل نأخذ بقول عمر وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهما أنهما إذا اختارت زوجها فلا شيء» وهذا الحديث عائشة رضي الله عنها قالت: خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاختارناه، ولم يكن ذلك طلاقاً «وإن اختارت نفسها فواحدة بائة عندنا» وهو قول علي رحمته الله، وعلى قول عمر وابن مسعود رضي الله عنهما واحدة رجعية، وعلى قول زيد رحمته الله إذا اختارت نفسها ثلاثاً، وكأنه حمل هذا اللفظ على أتم ما يكون من الاختيار، وعمر وابن مسعود رضي الله عنهما حملاً على أدنى ما يكون منه وهو التطليقة الرجعية، ولكننا نأخذ فيه هذا بقول علي رحمته الله، لأن اختيارها نفسها إنما يتحقق إذا زال ملك الزوج عنها وصارت مالكة أمر نفسها وذلك بالواحدة البائة وليس في هذا اللفظ ما يدل على الثلاث. لأن حكم ملكيتها أمر نفسها لا يختلف بالثلاث والواحدة البائة، ولهذا قلنا: وإن نوى الثلاث هذا اللفظ لا تقع إلا واحدة بائة لأن هذا مجرد نية العدد منه، وقوله «اختاري» أمر بالفعل فلا يحتمل معنى العدد بخلاف قوله «أنت بائن» فنية الثلاث إنما تصح هناك باعتبار أنه نوى به نوعاً من البينة، وهنا الاختيار لا يتنوع فبقي هذا مجرد نية العدد. قلت: فابن أبي ليلى اختار قول عمر وابن مسعود رضي الله عنهما إذا اختارت نفسها، ولم يذكر السرخسي قوله.

قال: وإذا قال الرجل لامرأته ولم يدخل بها: أنت طالق أنت طالق أنت طالق، طلقت بالتطليقة الأولى ولم يقع عليها التطليقتان الباقيتان. وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى. بلغنا عن عمر بن الخطاب وعلي بن مسعود وزيد بن ثابت وإبراهيم رضي الله عنهم بذلك، لأن امرأته ليست عليها عدة فقد بان من التطليقة الأولى وحلت للرجل، فلا ترى أنها لو تزوجت بعد التطليقة الأولى قبل أن يتكلم بالثانية زوجاً كان نكاحاً حائزاً؟

(١) وفي المسوط ج ٦ ص ٨٨ في ابتداء باب من الطلاق قال رحمه الله: «رجل قال لامرأته ولم يدخل بها: أنت طالق ثلاثاً تطلق ثلاثاً عندنا» وهو قول عمر وعلي بن عباس وأبي هريرة رضي الله عنهم. وقال الحسن البصري: تقع واحدة بقوله طالق، فتبين لا إلى عدة، وقوله ثلاثاً يصادفها وهي أجنبية فلا يقع بها شيء كما لو قال: أنت طالق وطالق وطالق. ولكننا نقول: الطلاق متى قرن بالعدد فالوقوع بذكر العدد، لأن الموقع هو العدد فإذا صرح بذكر العدد كان هو العامل دون ذكر الوصف، ولهذا لو ماتت المرأة بعد قوله طالق قبل قوله ثلاثاً لا يقع شيء، وهذا لأن النكاح كلمة واحدة في الحكم، فإن إيقاع الثلاث لا يأتي بعبارة أوجز من هذا، والكلمة الواحدة لا يفصل بعضها من بعض، بخلاف قوله: أنت طالق وطالق وطالق، لأنها كلمات متفرقة «فأما إذا قال: أنت طالق أنت طالق أنت طالق، بان بالاولى وكان الثنتان فيما لا يملك» وهو قول علي وابن مسعود وزيد وإبراهيم «وقال ابن أبي ليلى: إذا كان في مجلس واحد يقع ثلاث تطليقات» لأن المجلس الواحد يجمع الكلمات المتفرقة ويجعلها ككلام واحد. ولكننا نقول: كل كلمة لإيقاع على حدة فلا تعمل إلا في محل قابل له، فإذا بان لا إلى عدة لم تبق محلاً لوقوع عليها «ثم عند أبي يوسف تبين بالاولى قبل أن يفرغ من الكلام الثاني، وعند محمد بعد فراغه من الكلام الثاني» لجواز أن يلحق بآخر كلامه شرطاً أو استثناء، ولكن هذا إما يتحقق عند ذكر حرف العطف وهو الواو، فأما بدونه لا يتحقق الخلاف، لأنه لا يلحق به الشرط والاستثناء.

(٢) ذكر البيهقي في سننه وحكى الشافعي في كتاب اختلاف العراقيين، أظنه عن أبي يوسف في الرجل يقول لامرأته لم يدخل بها: أنت طالق أنت طالق أنت طالق فالتطليقة الأولى ولم تقع عليها الباقيتان. هذا قول أبي حنيفة، بلغنا عن عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وعبد الله بن مسعود وزيد بن ثابت وإبراهيم رحمه الله بذلك. قلت: ولم يستند. وأخرج عن عمر وعلي بن الخطاب في الرجل يطلق امرأته ثلاثاً قبل أن يدخل بها قال: هي ثلاث لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره. وروي عن سفيان عن عاصم بن مهند عن زر عن عبد الله قال: المطلقة ثلاثاً قبل أن يدخل بها بمنزلة التي قد دخل بها. وروي عن ابن عمرو وابن عمر وابن عباس وأبي هريرة رضي الله عنهم. قلت: المقصود منه بكلمة واحدة، وأما إذا فصله فهو كما ذكر عنهم أبو يوسف كما أخرج أبو يوسف ومحمد في آثارهما عن الإمام عن حماد عن إبراهيم أنه قال: إذا قال الرجل لامرأته ولم يدخل بها: أنت طالق أنت طالق أنت طالق، بان بالاولى وكانت الثنتان فيما لا يملك، وإذا طلقها ثلاثاً جماعة فهي عليه حرام حتى تنكح زوجاً غيره، وهذا لم يسمع من أبي يوسف. قال محمد: وهذا نأخذ. وهو قول أبي حنيفة. قلت: وقول عمر أخرجه سعيد بن منصور أيضاً. ذكره في كنز العمال.

نكيف يقع عليها الطلاق وهي ليست بامرأته وهي امرأة غيره؟ وبه نأخذ.
وكان ابن أبي ليلى يقول: عليها الثلاث التطليقات إذا كانت من الرجل في خمس
واحد ما وصفت لك.

وإذا شهد شاهد على رجل أنه طلق امرأته واحدة وشهد آخر أنه طلقها اثنين، فإن
أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: شهادتهما باطلة لأنهما قد اختلفا. وكان ابن أبي ليلى يقول: يقع
عليها من ذلك تطليقة لأنهما قد اجتمعا عليها. وهذا نأخذ ^(١).

قال: وإذا طلق الرجل امرأته ثلاثاً وقد دخل بها، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول في
ذلك: لها السكنى والنفقة حتى تنقضي عدتها. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: لها

(١) قلت: وهو قول محمد أيضاً. قال السرخسي في ج ٦ ص ١٤٨ من مبسوطه: وإذا شهد شاهد على
تطليقتين وشاهد على ثلاث والزوج يجحد ذلك أو شهد شاهد بتطليقة والآخر بتطليقتين أو شاهد
بتطليقة والآخر بثلاث، لم تقبل هذه الشهادة في قول أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما وابن أبي ليلى
تقبل على الأقل، لأن المعبر اتفاق الشاهدين في المعنى دون اللفظ حتى لو شهد أحدهما بالهبة
والآخر بالتخلي تقبل، وقد اتفق الشاهدان على الأقل، لأن الأقل موجود في الأكثر فصار كما لو
شهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة والمدعي يدعي الأكثر تقبل شهادتهما على الأقل. إلى
أن قال: ثم لو ادعى ألفين وشهد شاهدان بألف تقبل الشهادة بالاتفاق. فكذلك إذا شهد أحد
الشاهدين بألف والآخر بألفين ينبغي أن تقبل على الأقل. وأبو حنيفة يقول: اختلف الشاهدان في
المشهدود به لفظاً ومعنى فلا تقبل الشهادة، كما لو قال أحدهما إنه قال لها: خلية والآخر إنه قال لها:
أنت برية، وإنما قلنا ذلك لأن أحدهما شهد بالواحدة والآخر بثنتين أو بثلاث، والواحدة أصل العدد
لا تركب فيها والاثنان والثلاث اسم لعدد مركب فكانت المغايرة بينهما على سبيل المضادة، ومن
حيث إن اللفظ الواحد غير التثنية والجمع. والدليل عليه أنه مدعي الاثنين أو الثلاثة لا يكون مقراً
بالواحد إذ لو كان مقراً بالواحد لكان مرتداً بالشرك بعد ذلك فينبغي أن تقبل، ولأن التطليقتين اسم
واحد والتطليقة كذلك وبزيادة حرف يتغير الاسم كما يقال زيد وزيد ونصر وناصر، وكذلك في
آلاف والألفين، وإذا ثبت المغايرة كان على كل واحد من الأمرين شاهد واحد فلا يتمكن القاضي
من القضاء بشيء. بخلاف الألف مع الألف وخمسمائة فإنهما اسمان أحدهما معطوف على الآخر
فيجعل الاتفاق بينهما على الألف لفظاً ومعنى.

كذلك في قوله طالق وطالق وفي قوله فلانة وفلانة وهذا بخلاف الدعوى مع الشهادة فإن الاتفاق
هناك في اللفظ ليس بشرط، فأما بين الشهادتين الموافقة في اللفظ شرط. ألا ترى أنه لو ادعى
الغصب أو القتل وشهد شاهدان بالإقرار به تقبل، ولو شهد أحد الشاهدين بالغصب والآخر
بالإقرار به لا تقبل؟ وهذا لأن الشهادة تعتمد اللفظ، ألا ترى أنها لا تقبل ما لم يقل: أشهد؟ والذي
يسئل مذهبه ما ذكر في كتاب الرجوع: لو شاهدان بتطليقة وشاهدان بثلاث تطليقات وفرق
القاضي بينهما قبل الدخول ثم رجعا كان ضمان نصف الصداق على شاهدي الثلاث دون
شاهدي الواحدة؟ ولو اعتبر ما قالوا أن الواحدة توجد في الثلاث لكان الضمان عليهم جميعاً.

السكنى وليس لها النفقة^(١). وقال أبو حنيفة رحمه الله: لم وقد قال الله عز وجل في كتابه: ﴿فَأَنْفَقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ وبلغنا عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه جعل للمطلقة

(١) وفي المبسوط ج ٥ ص ٢٠١: فأما المبتونة فلها النفقة والسكنى ما دامت في العدة عندنا. وعلى قول الشافعي لها السكنى ولا نفقة لها إلا أن تكون حاملا، وعلى قول ابن أبي ليلى لا نفقة للمبتونة في العدة. واستدلوا بحديث فاطمة بنت قيس رضي الله عنها قالت: «طلقني روجي ثلاثاً فلم يجعل لي رسول الله ﷺ نفقة ولا سكنى»* إلا أن في صحة هذا الحديث كلاماً، فإنه روي أن زوج فاطمة أسامة بن زيد رضي الله عنهما كان إذا سمع منها هذا الحديث رماها بكل شيء في يده. وعن عائشة رضي الله عنها قالت: تلك المرأة فتنت العالم، أي بروايتها هذا الحديث. وقال عمر بن الخطاب رضي الله عنه: لا ندع كتاب ربنا ولا سنة نبينا ﷺ بقول امرأة لا ندرى أصدقت أم كذبت حفظت أن نسيت؟ سمعت رسول الله ﷺ يقول: «للمطلقة الثلاث النفقة والسكنى ما دامت في العدة». وتأويله إن ثبت من وجهين: أحدهما أن زوجها كان غائبا فإنه خرج إلى اليمن ووكّل أخاه بأن يتفق عليها خبز الشعير فأثبت هي ذلك، ولم يكن الزوج حاضرا ليفضي عليه بشيء آخر. والثاني أنها كانت بذينة اللسان على ما روي أنها كانت تؤذي أحماء زوجها حتى أخرجوها. فأمرها رسول الله ﷺ أن تعند في بيت ابن أم مكتوم رضي الله عنه، فظنت أنه لم يجعل لها نفقة ولا سكنى. ثم لا خلاف في استحقاتها السكنى، فإنه منصوص عليه بقوله تعالى: ﴿لَا تَخْرُجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ...﴾ الآية، وقال تعالى: ﴿أَشْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ﴾ فعلمنا أن النفقة والسكنى كل واحد منهما حق مالي مستحق لها بالنكاح، وهذا العدة حق من حقوق النكاح، فكما يبقى باعتبار هذا الحق ما كان لها من استحقاق السكنى فكذلك النفقة، وباستحقاق السكنى يتبين بقاء ملك اليد للزوج عليها ما دامت في العدة، وكما يثبت استحقاق النفقة بسبب ملك اليمين يثبت بسبب ملك اليد، ألا ترى أن نفقة رقيق المكاتب عليه في كسبه لما له فيه من ملك اليد؟ ولا يدخل عليه نفقة المهرن، فإنه لا يكون على المهرن مع ملك اليد له، لأن ملك اليد للمهرن في المالية دون العين فإن يده يد الاستيفاء وذلك في المالية دون العين. ثم ذكر نفقة الحامل واستواء الحامل والخاتل فيها بالدلائل، فمن شاء الاطلاع عليها فليرجع إليه. قلت: وما روي عن عمر أخرجه مسلم والترمذي من طريق أبي إسحاق عن الأسود، ورواه القاضي إسماعيل والطحاوي عن حجاج بن منهال عن حماد بن سلمة عن الشعبي عن النخعي عن عمر. وفيه سمعت رسول الله يقول: «لها السكنى والنفقة» ذكره الحافظ علاء الدين التركماني في الجوهر النقي، وذكره ابن حزم أيضا وأدخل بين حماد والشعبي حماد بن أبي سليمان. وليس هذا النقط عند مسلم والترمذي.

* رواه أبو داود (٢٨٧/٢)، والنسائي (١٤٤/٦)، والدارمي (٢١٨/٢)، وانظر: الدراري المنصبة للشوكاني (ص/٢٩٠) وسبل السلام (٣/١٩٨).

ثلاثاً السكني والنفقة^(١).

قال: وإذا آلى الرجل من امرأته فحلف لا يقرها شهراً أو شهرين أو ثلاثاً، لم يقع عليه بذلك إيلاء ولا طلاق، لأن يمينه كانت على أقل من أربعة أشهر. حدثنا بذلك سعيد بن أبي عروبة^(٢) عن عامر الأحول^(٣) عن عطاء بن أبي رباح عن ابن عباس رضي الله عنهما^(٤) وهو قول أبي حنيفة. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: هو مول منها إن تركها أربعة أشهر بانت بالإيلاء، والإيلاء: تطليقة بائنة^(٥).

(١) رواه أبو يوسف في كتاب الآثار عن الإمام عن حماد عن إبراهيم عن عمر أنه كان يجعل للمطلقة ثلاثاً السكني والنفقة فقالت فاطمة بنت قيس: طلقني زوجي ثلاثاً فلم يجعل لي رسول الله ﷺ سكني ولا نفقة، فقال عمر: «لا نأخذ بقول امرأة لا تدري صدقت أم كذبت وندع كتاب الله». وأخرجه الأثنائي من طريق عبيد الله بن موسى عنه. وأخرجه الحارثي من طريق خلف بن ياسين الزيات عنه عن حماد عن إبراهيم عن الأسود عن عمر موصولاً. وأخرجه الحسن بن زياد عنه عن حماد عن إبراهيم عن علقمة عن فاطمة وعمر رضي الله عنهما. وأخرجه ابن خسر عن طريق ابن زياد عنه. قلت: وأخرجه مسلم والترمذي من طريق أبي إسحاق عن الأسود، وكذلك ابن أبي شبة والبيهقي.

(٢) هو سعيد بن أبي عروبة مهران الشكري مولا هم، أبو النضر البصري الحافظ العلم. روى عن الحسن والنضر بن أنس حديثاً واحداً وأبي التياح ومطر الوراق، وخلق. وعنه شعبة وابن علية ويزيد بن زريع ومحمد بن جعفر وخلق. قال ابن معين: ثقة من أثبتهم في قتادة. وقال أبو حاتم: ثقة قبل أن يخلط. وقال دحيم: اختلط سنة خمس وأربعين ومائة. وقال النسائي: لم يسمع من عمرو بن دينار وزيد بن أسلم والحكم بن عتيبة. قلت: روى له الستة. مات سنة ١٥٦.

(٣) هو عامر بن عبد الواحد البصري الأحول. روى عن شهر بن حوشب ومكحول وسواهما، وعنه سعيد بن أبي عروبة وهشام الدستوائي. وثقه أو حاتم. قال ابن معين: ليس به بأس، وقال أحمد: ليس بالقوي. قلت: روى له الستة إلا أن البخاري في جزء القراءة له. وذكره ابن حبان في الثقات.

(٤) ورواه أبو يوسف في كتاب الآثار أيضاً بهذا السند، ولفظه: «من آلى من امرأته شهراً أو شهرين أو ثلاثاً أو ما دون الأربعة فليس عليه إيلاء» قال وذكر أبو حنيفة عنه نحو هذا، وأخرجه ابن أبي شبة أيضاً في مصنفه من طريق عطاء عن ابن عباس بإسناد صحيح، وأخرجه البيهقي من طريق موسى بن إسماعيل ويونس بن محمد عن أبي قدامة الحارث بن عبيد عن عامر الأحول بسنده المذكور، ولفظه «وكان إيلاء أهل الجاهلية السنة والستين وأكثر من ذلك فمن كان إيلأه أقل من أربعة أشهر فليس بإيلاء».

(٥) وفي المبسوط ج ٧ ص ٢٢: وإذا حلف لا يقرها أقل من أربعة أشهر لم يكن مولياً عندنا، وقال ابن أبي ليلى: هو مول إن تركها أربعة أشهر بانت بتطليقة، وهكذا كان أبو حنيفة يقول في الابتداء فلما بلغه فتوى ابن عباس رضي الله عنهما: «لا إيلاء فيما دون أربعة أشهر» رجع عن قوله. وابن أبي ليلى استدلل بظاهر الآية: قال الله تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤَلِّونَ مِن نِّسَائِهِمْ﴾ والإيلاء هو

وإذا حلف الرجل لا يقرب امرأته في هذا البيت أربعة أشهر فتركها أربعة أشهر فلم يقربها فيه ولا في غيره، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: ليس عليه في هذا الإيلاء، ألا ترى أن له أن يقربها في غير ذلك البيت ولا تجب عليه الكفارة؟ وإنما الإيلاء كل حين نصح الجماع أربعة أشهر لا يستطيع أن يقربها إلا أن يكفر بيمينه. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول في هذا: هو مول إن تركها أربعة أشهر بانت بالإيلاء ^(١) والإيلاء تطليقة بائة.

قال: وإذا ظاهر الرجل من امرأته فقال: أنت علي كظهر أمي يوماً أو وقت وقتاً أكثر من ذلك، فإن أبا حنيفة رحمته الله يقول: هو مظاهر منها لا يقربها في ذلك الوقت حتى يكفر الطهار، فإذا مضى ذلك الوقت سقطت عنه الكفارة وكان له أن يقربها بغير كفارة. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: هو مظاهر منها أبداً، وإن مضى ذلك الوقت فهو مظاهر لا يقربها حتى يكفر كفارة الطهار ^(٢).

قال: وإذا ارتد الزوج عن الإسلام وكفر، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: بانت منه امرأته إذا ارتد، لا تكون مسلمة تحت كافر. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: هي امرأته على حالها حتى يستتاب، فإن تاب فهي امرأته، وإن أبى قتل وكان لها ميراثها منه ^(٣).

-
- اليمين، فتقييد اليمين بمدة أربعة أشهر يكون زيادة، ولكننا نقول: المولى من لا يملك قربان امرأته في المدة إلا بشيء يلزمه، وإذا عقد يمينه على شهر فهو يتمكن من قربانها بعد مضي الشهر من غير أن يلزمه شيء، فلم يكن مولياً في ترك مجامعتها مدة بغير يمين.
- (١) وفي المبسوط ج ٧ ص ٢٥: وإن حلف لا يقربها في مكان كذا أو في مصر كذا أو قال في أرض العراق، لم يكن مولياً عندنا. وقال ابن أبي ليلى: هو مول لأنه قصد الإضرار والتعنت بيمينه فلزمه حكم الإيلاء. ولكننا نقول: اليمين إذا وقعت بمكان توقفت به فهو يتمكن من قربانها في غير ذلك المكان في المدة من غير أن يلزمه شيء، فلا يتحقق به منع حقها في الجماع.
- (٢) وفي المبسوط ج ٦ ص ٢٣٢: وإن قال: أنت علي كظهر أمي اليوم فهو كما قال لا يقربها في ذلك اليوم حتى يكفر، فإذا مضى اليوم بطل الطهار. وقال ابن أبي ليلى رحمه الله تعالى: هو مظاهر أبداً حتى يكفر، وقاس هذا بالحرمة النابتة بالطلاق في أنه لا يتوقت بالتوقيت، ولكننا نقول: موجب الطهار الحرمة وهو محتمل للتوقيت كالحرمة بسبب العدة، وحرمة البيع إلى الفراغ من الجمعة، وحرمة الصيد على المحرم إلى أن يحل، والحرمة بسبب اليمين، فإذا احتمل التوقيت صبح توقيته ولا يبقى بعد مضي الوقت، بخلاف الطلاق فالحرمة هنا باعتبار زوال الملك أو لانعدام محل الحل وذلك لا يحتمل التوقيت، وعلى هذا لو قال: أنت علي كظهر أمي شهراً أو حتى يقدم فلان، فهو كما قال، ويسقط بمضي الشهر أو قدوم فلان لانتهاء الحرمة بمضي وقتها.
- (٣) وفي المبسوط ج ٥ ص ٥٩: وابن أبي ليلى يقول: لا تقع الفرقة برودة أحدهما قبل الدخول ولا بعده حتى يستتاب المرتد، فإن تاب فهي امرأته، وإن مات أو قتل ورثته، وجعل هذا قياساً لإسلام أحد الزوجين على ما بينا. ولكننا نقول: الردة تنافي النكاح، واعتراض سبب المنافي للنكاح، موجب =

قال: وإذا رجعت المرأة من أهل الإسلام إلى الشرك، كان هذا والباب الأول سواء في قولهما جميعاً، غير أن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: يعرض على المرأة الإسلام، فإن أسلمت حلى سبيلها، وإن أبت حبست في السجن حتى تتوب ولا تقتل. بلغنا ذلك عن ابن عباس رضي الله عنهما ^(١).

الفرقة بنفسه كالحرمية، فأما اختلاف الدين عنه لا ينافي النكاح، حتى يجوز ابتداء النكاح بين المسلم والكثائية، وكذلك الإسلام لا ينافي النكاح، فإن النكاح نعمة وبالإسلام تصير النعم محرزة له، فلهذا لا تقع الفرقة هناك إلا بقضاء القاضي بعد إباء الآخر. ثم إن كان الزوج هو المرتد فلها نصف المهر إن كان لم يدخل بها، ونفقة العدة إن كان دخل بها وإن كانت هي التي ارتدت فلا مهر لها إن كان قبل الدخول، وليس لها نفقة العدة بعد الدخول. والكلام في أن هذه الفرقة بطلاق أو بغير طلاق كما بينا.

(١) أخرجه أبو يوسف في عراحه عن الإمام عن عاصم عن زر عن ابن عباس قال: «لا تقتل النساء إذا هن ارتدن عن الإسلام ولكن يحسن ويدعين إلى الإسلام ويجبرن عليه» * وأخرجه الحسن بن زياد في مسنده عنه ومحمد في الآثار عنه وقال عن أبي رزين في مكان زر، ولفظه «لا يقتل النساء إذا ارتدن عن الإسلام ويجبرن عليه» * وأخرجه الدارقطني، وأخرجه ابن أبي شيبة من طريق الإمام، وأخرجه عبد الرزاق عن الثوري عن عاصم، وأخرجه الدارقطني عن الثوري عن الإمام عن عاصم. وروى الدارقطني عن خلاص عن علي: المرتدة تستتاب ولا تقتل. وروى عبد الرزاق عن الثوري عن يحيى بن سعيد (أي الأنصاري) أن عمر أمر في أم ولد تنصرت أن تباع في أرض ذات موة عليها ولا تباع في أهل دينها، وروى الطبراني عن معاذ أن النبي ﷺ قال له حين بعته إلى اليمن: «أيتها امرأة ارتدت عن الإسلام فادعها فإن تابت فاقتل منها وإن أبت فاستبها» وإسناده ضعيف ***، وعن أبي هريرة أن امرأة ارتدت على عهد رسول الله ﷺ فلم يقتلها، أخرجه ابن عدي في ترجمته حفص بن سليمان الأسدي وهو ضعيف عند أهل الحديث. فمن تأمل في هذه الطرق علم أن للحديث أصلاً، بل يرتقي بكثرة الطرق والشواهد إلى الحسن. وقد تابع الإمام أبو مالك النخعي وحديثه صاف عن الغبار لأن رواته ثقات، وتابعه الثوري كما هو عند عبد الرزاق والدارقطني، وهو مذهب الثوري، ذكره ابن عبد البر، وهذا دليل صحة الحديث عنده. وفي التمهيد: وروى قتادة عن خلاص عن علي مثله، وهو قول الحسن وعطاء.

• رواه ابن أبي شيبة في المصنف (٤٤٢/٦) والدارقطني في سننه (٢٠١/٣).

• رواه ابن أبي شيبة (٤٤٢/٦)، والدارقطني (٢٠١/٣)، وانظر: الدراية (١٣٧/٢)، ونصب الراية (٣/٤٥٧).

• رواه الطبراني كما في المجموع (٢٦٣/٦)، وقال: فيه سامر لم يسم، قال مكحول عن ابن أبي طلحة اليمسري بقية رجاله ثقات. وانظر: الدراية (١٣٦/٢)، وضعفه الحافظ.

وكان ابن أبي ليلى يقول: إن لم تنب قتل. وبه نأخذ^(١). ثم رجع إلى قول أبي حذيفة رضي الله عنه. وكيف تقتل وقد نهى رسول الله ﷺ عن قتل النساء في الحروب من أهل الشرك^(٢)؟ فهذه مثلهم.

(١) وفي المبسوط ج ١٠ ص ١٠٨: ولا تقتل المرتدة ولكنها تحبس وتجبر على الإسلام عندما. وقال الشافعي رحمه الله: تقتل إن لم تسلم. هكذا كان يقول أبو يوسف رحمه الله تعالى في الإفتاء ثم رجع. وروى الحسن عن أبي حذيفة رضي الله عنهما أنها تخرج في كل قليل وتعزر تسعة وتلاتين سوطاً، ثم تعاد إلى الحبس إلى أن تتوب أو تموت. واستدل الشافعي بقوله ﷺ: «من بدل دية فاقتلوه» وهذه الكلمة تعم الرجال والنساء كقوله تعالى: ﴿مَنْ شَهِدَ مِنْكُمْ تَشَهُّراً فَلْيَضْحَكُوا﴾ وتبين أن الموجب للقتل تبديل الدين، لأن مثل هذا في لسان صاحب الشرع لبيان العلة، وقد تحقق تبديل الدين منها.

وفي الحديث أن النبي ﷺ قتل مرتدة يقال لها أم مروان إلخ وأطال حجة قال: وحدثنا في ذلك نهى النبي ﷺ عن قتل النساء، وفيه حديثان: أحدهما: ما رواه رباح بن ربيعة رضي الله عنه أن النبي ﷺ رأى في بعض الغزوات قوماً مجتمعين على شيء فسأل عن ذلك فقالوا: ينظرون إلى امرأة مقتولة فقال: لو أحد أدرك خالدًا وقال له: لا تقتل عسيقًا ولا ذرية! والثاني: حديث ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ رأى امرأة مقتولة فقال: «من قتل هذه؟» قال رجل: أنا يا رسول الله، أردفتها خلفي فأهوت إلى سيفي لتقتلني، فقال: ما شأن قتل النساء؟ وارها ولا تُغدا! ولما رأى رسول الله ﷺ يوم نزع مكة امرأة مقتولة فقال: ها ما كانت هذه تقاتل! ففي هذا بيان أن استحقات القتل بعلة القتال، وأن النساء لا يقتلن لأنهن لا يقاتلن. وفي هذا لا فرق بين الكفر الأصلي وبين الكفر الطارئ. وما روي من الحديث غير مجري على ظاهره، فالتبديل يتحقق من الكافر إذا أسلم، فعرفنا أنه عام لحقه خصوص فنخصه ونحمله على الرجال بدليل ما ذكرنا. والمرتدة انني قُتلت كانت مقاتلة، فإن أم مروان كانت تقاتل وتحرض على القتال، وكانت مطاعة فيهم إلخ وأطال الاحتجاج. قلت: وفي حديث ابن عمر «نهى عن قتل النساء والصبيان» متفق عليه. وأما حديث رباح ابن ربيعة الذي ذكره فأخرجه أبو داود وابن حبان وأحمد والنسائي والطحاوي.

(٢) روى أبو داود من حديث أنس: [١٩٦/٧ - عون]: «لا تقتلوا شيخاً فانياً ولا صغيراً ولا امرأة» وعند البخاري ومسلم عن ابن عمر: «نهى عن قتل النساء والصبيان». وأخرج أبو داود عن رباح بن الربيع بن صبيح: كنا مع رسول الله ﷺ في غزوة فرأى الناس مجتمعين فبعث رجلاً فقال: انظر، فقال: امرأة قتيل، فقال: «ما كانت هذه لتقاتل» وأخرجه ابن حبان وأحمد والنسائي وابن ماجه، وفي رواية لأبي داود في حديث الصعب بن جثامة. وقال الزهري: ثم نهى بعد ذلك عن قتل النساء والصبيان. وروى الطحاوي عن ابن بريدة [٢٢١/٣] كان رسول الله ﷺ إذا بعث سرية قال لهم: «لا تقتلوا وليداً ولا امرأة» وروى عن أبي سعيد: نهى رسول الله ﷺ عن قتل النساء والولدان قال: هما لمن غلب. وروى عن ابن عمر أنه نهى عن قتل النساء والصبيان. وروى عن كعب بن مالك رفعه: نهى الذين قتلوا ابن أبي الحقيق حين خرجوا إليه عن قتل الولدان =

اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى

قال: وإذا قال الرجل: كل امرأة أتزوجها فهي طالق، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: هو كما قال. وأي امرأة تزوجها فهي طالق واحدة^(١). وهذا نأخذ^(٢). وكان ابن أبي ليلى يقول: لا يقع عليه الطلاق، لأنه عمم فقال: كل امرأة أتزوجها، فإذا سمى امرأة مسماة أو مصرًا بعينه أو جعل ذلك إلى أجل، فقولهما فيه سواء، ويقع به الطلاق.

قال: وإذا قال الرجل لامرأة: إن تزوجتك فأنت طالق أو قال: إذا تزوجت إلى كذا وكذا من الأجل امرأة فهي طالق، أو قال: كل امرأة أتزوجها من قرية كذا وكذا فهي طالق، أو من بني فلان فهي طالق، فهما جميعًا كانا يقولان: إذا تزوج تلك فهي طالق،

- والنساء. وررر عن حنظلة الكاتب: كنت مع رسول الله ﷺ فمر بامرأة لها خلق وقد اجتمعوا عليها، فلما جاء أفرجوا، فقال: ما كانت هذه تقاتل، ثم أتبع رسول الله ﷺ خالداً أن لا تقتل امرأة ولا عسيفاً. قلت: ورواه ابن حبان وأحمد والنسائي وابن ماجه أيضاً، وفيه ذرية، مكان امرأة *.
- (١) وفي المبسوط ج ٦ ص ٩٦: ولو قال لامرأة: كلما تزوجتك فأنت طالق ثلاثاً فهو كما قال، يقع عليها ثلاث كلما تزوج بها إلخ قال: وهذه المسألة تنبني على أصلنا أن ما يحتمل التعليق بالشرط كالطلاق والعناق والظهار يجوز إضافته إلى الملك عم أو خص، وهو قول ابن عباس، فإنه سئل عن يقول لامرأة: إن تزوجتك فأنت طالق، فتلا عليه قوله تعالى: ﴿إِذَا تَكَتْهُمُ الْمُؤْمِنَاتُ نَمَرَ طَلَّقَتْهُنَّ﴾ وقال: شرع الله الطلاق بعد النكاح فلا طلاق قبله، وعلى قول ابن أبي ليلى إن خص امرأة أو قبيلة انعقدت اليمين، وإن عم فقال: كل امرأة لا تتعقد وهو قول ابن مسعود رحمته الله لما فيه من سد باب نعمة النكاح على نفسه. قلت: فرض المسألة في كلما والمرأة المعينة، ولم يذكر الحجة على ابن أبي ليلى واحتج للشافعي ثم احتج عليه، وأجاب عن الإمام وأطال. وقال في ص ٩٨: وإذا قال لامرأة: إذا تزوجتك أو إذا ما تزوجتك أو إن تزوجتك أو متى تزوجتك، فهذا كله للمرة الواحدة، لأنه ليس في لفظه ما يدل على التكرار، فإن كلمة إن للشرط وإذا ومتى لوقت بخلاف ما لو قال: كلما تزوجتك، لأن كلمة (كلما) تقتضي التكرار فلا يرتفع اليمين بالتزويج مرة، ولكن كلما تزوجها يصير عند التزويج كالمنجز للطلاق.
- (٢) وفي المبسوط ج ٦ ص ١٣٠: وإذا قال: كل امرأة أتزوجها أبداً فهي طالق، فتزوج امرأة فطلقت ثم تزوجها ثانية، لم تطلق، لأن كلمة كل تقتضي جميع الأسماء لا تكرار الأفعال، وإنما يتجدد وفروع الطلاق بتجدد الاسم، ولا يوجد ذلك بعقدين على امرأة واحدة، بخلاف كلمة كلما فإنها تقتضي تكرار الأفعال، وإنما قلنا ذلك، لأن مقتضى كلمة (كل) الجمع فيما يتعقبا والذي يتعقب الكل الاسم دون الفعل، يقال: كل رجل وكل امرأة، ولا يستقيم أن يقال كل ضرب وكل دخل، والذي يتعقبه كلمة كلما الفعل دون الاسم، يقال كلما ضرب وكلما دخل، ولا يقال كلما زيد وكلما عمرو.

• التحقيق في أحاديث الخلاف لابن الجوزي (٣٣٧/٢)، ونصب الرأية (٤٤٦/١)، (٤٠٧/٣)، (٤٥٧)، وتلخيص الحبير (٤٨/٤)، والدرية (١٣٦/٢)، ونحفة المحتاج (٤٦٩/٢)، والدراري المضنية (ص ٤٤٤).

وإن دخل بها فإن أبا حنيفة رحمته كان يقول: لها مهر ونصف مهر بالدخول ونصف مهر بالطلاق الذي وقع عليها قبل الدخول. وبه نأخذ^(١). وكان ابن أبي ليلى يقول: لها نصف مهر، ويفرق بينهما في قولهما جميعاً.

قال: إذا قذف الرجل امرأته وقد وطئت وطئاً حراماً قبل ذلك، فإن أبا حنيفة رحمته كان يقول: لا حد عليه ولا لعان. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى: عليه الحد^(٢). ولو قذفها غير زوجها لم يكن عليه حد في قول أبي حنيفة. وكان ابن أبي ليلى يقول: عليه الحد^(٣).

- (١) ونظير هذه المسألة مسألتان: مسألة ذكرت في ص ١٣٢ ج ٦ من المبسوط تشابهان هذه المسألة، ولم يذكر السرخسي في كتبه التي ذكرت هنا قال: «وإن قال: أول امرأة أتزوجها فهي طالق فتزوج امرأة طلفت حين تزوجها إن مات أو لم يموت» لأنها بنفس العقد استحققت اسم الأولية بصفة التفردية «فإن دخل بها فلها مهر ونصف مهر: نصف مهر بالطلاق الواقع قبل الدخول، ومهر بالدخول بها» لأن الحد قد سقط عنه بشبهة اختلاف العلماء، والوطء في غير الملك لا ينفك عن حد أو مهر، فإذا سقط الحد بشبهة وجب المهر. ومسألة ذكرت في ص ١٢٩ وهي ولو قال: كلما تزوجت امرأة فهي طالق فتزوجها ثلاث مرات ودخل بها في كل مرة. لم يذكر هذا (أي محمد) في الأصل. قال أبو يوسف في الأمالي: تطلق اثنتين وعليه لها مهران ونصف، وقال محمد: تطلق ثلاثاً وعليه لها أربعة مهور ونصف، ذكره في الرقيات. وجه تخريج أبي يوسف أنه لما تزوجها وقعت تطليقة قبل الدخول ولزمه نصف مهر فلما دخل بها لزمه مهر بالدخول، ثم لما تزوجها وقعت تطليقة أخرى بكلمة كلما ولكنها تكون رجعية عنده، لأنه تزوجها قبل انقضاء عدتها منه، وبفس التزوج وجب مهر آخر، وذلك مهران ونصف، ثم بالدخول يصير مراجعاً والتزوج الأول وقعت تطليق ووجب نصف مهر بالطلاق ومهر بالدخول وكذلك والتزوج في المرة الثالثة لغو فعنده بتطليقة وعليه لها مهران ونصف. وتخريج قول محمد أن بالتزوج الثاني والثالث، لأن عنده وإن حصل التزوج في العدة لا يخرج به الطلاق من أن يكون واقعاً قبل الدخول، فتطلق ثلاثاً، وعليه أربعة مهور ونصف. ولو قال: كلما تزوجتك فأنت طالق بائن والمسألة بحالها، فعند محمد هذا والأول سواء، وعند أبي يوسف تطلق ثلاثاً بكل تزوج تطليقة بائنة وعليه خمسة مهور ونصف، لأن بالعقد الثاني والثالث في العدة كما وقع طلاق بائن وجب مهر تام، وكذلك يجب بكل دخول مهر تام، فإذا جمعت ذلك كان خمسة مهور ونصفاً.
- (٢) وفي باب اللعان من المبسوط ج ٧ ص ٤١: وإذا قذف امرأته وقد زنت فلا حد عليه ولا لعان، لأنها ليست بمحصنة، وهو صادق فيما رماها به من الزنا. وكذلك إن وطئت وطئاً حراماً، يريد الوطء بشبهة، وعن أبي يوسف قال: يلاعنها. وهو قول ابن أبي ليلى، لأن هذا الوطء منسب للنسب موجب للعدة والمهر فلا يسقط به الإحصان كوطء المنكوحة في حالة الحيض، ولكننا نقول: وطء غير المملوك فيكون في معنى الزنا فيسقط به الإحصان، ولكن لا يجب به الحد للشبهة والشبهة تصلح لاسقاط الحد لا لإيجابه، فلو أوجبنا على قاذفها الحد واللعان كان فيه إيجاب الحد بالشبهة، وهذا فارق حكم النسب والعدة، لأنه يثبت مع الشبهة.
- (٣) ونظير هذه المسألة في المبسوط ج ٩ ص ١١٦: باب الشهادة في القذف قال: ومن قذف الزاني

ينبغي في قول ابن أبي ليلى أن يكون مكان الحد اللعان. قال: وإذا قال الرجل لامرأته: لا حاجة لي فيك، فإن أبا حنيفة رحمهما الله كان يقول: ليس هذا بطلاق وإن أراد به الطلاق. وبه نأخذ^(١). [وكان ابن أبي ليلى يقول: هي تطلق ثلاثاً]^(٢) وقال أبو حنيفة رحمهما الله: وكيف يكون هذا طلاقاً وهو بمنزلة: لا أشتبك ولا أريدك ولا أهواك ولا أحبك؟ فليس في شيء من هذا طلاق.

قال: وإذا قذف الرجل وهو عبد امرأته وهي حرة وقد أعتق نصف العبد أحد الشريكين وهو يسعى للآخر في نصف قيمته، فإن أبا حنيفة رضي الله تعالى عنه كان يقول: هو عبد ما بقي عليه شيء من السعاية وعليه حد العبد. وكان ابن أبي ليلى يقول: هو حر وعليه اللعان. وبه نأخذ. وكذلك لو شهد شهادة أبطلها أبو حنيفة وأجازها ابن أبي ليلى. ولو قذف رجل هذا العبد الذي يسعى في نصف قيمته لم يكن عليه حد في قول أبي حنيفة رحمهما الله، لأنه بمنزلة العبد، وكان على قاذفه الحد في قول ابن أبي ليلى. وبه نأخذ^(٣). ولو قطع

بالزنا فلا حد عليه عندنا سواء قذفه بذلك الزنا بعينه أو بزنا آخر أو مبهماً. وحكي عن إبراهيم وابن أبي ليلى رحمهما الله تعالى أنه إن قذفه بغير ذلك الزنا بعينه أو بالزنا مبهماً فعليه الحد، لأن الرمي موجب للحد إلا أن يكون الرامي صادقاً وإنما يكون صادقاً إذا نسب إلى ذلك الزنا بعينه ففيما سوى ذلك فهو كاذب ملحق بالشين به، ولكننا نقول: رمي المحصن موجب للحد بالنص، قال تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ﴾ والمحصن لا يكون زانياً، فقاذف الزاني بالزنا قاذف غير محصن، وهو صادق في نسبته إلى أصل الزنا فلا يكون ملتمزاً للحد.

(١) قلت: وهو قول محمد أيضاً، أفاده في المبسوط بقوله: عندنا. واحتج السرخسي لابن أبي ليلى فقال: لأنه نفى حاجته فيها على الإطلاق وحقيقة ذلك إذا صارت محرمة عليه، وأما ما دامت محلة في حقه فله فيها حاجة طبعاً أو شرعاً، لأن النساء خلقن لحوائج الرجال إليهن فكان هذا وقوله: أنت محرمة علي سواء، ولكننا نقول: قوله لا حاجة لي فيك بمنزلة قوله: لا أشتبك ولا أريدك ولا أهواك ولا أحبك، وليس في شيء من هذه الألفاظ ما يدل على الطلاق، والنية متى تجردت عن لفظ يدل عليه كان باطلاً. والأصل فيه ما روي أن امرأة عرضت نفسها على رسول الله ﷺ فلم يرغبها رغبة فقال: «لا حاجة لي إلى النساء» الحديث. ومعلوم أنه ما كان الطلاق من احتمالات لفظه ذلك.

(٢) زيادة من المبسوط، وسقطت هذه الجملة من الأصل، ولا بد منها ليعلم بها اختلافهما.

(٣) وفي المبسوط ج ٧ ص ٣٠٢ باب عتق العبد بين الشركاء: أكثر مسائل هذا الباب تنبي عن أصل أبي حنيفة رحمه الله، فإن العتق عنده يتجزى حتى إن من أعتق نصف عبده فهو بالخيار في النصف الباقي إن شاء أعتقه وإن شاء استساعاه في النصف الباقي في نصف قيمته، وما لم يؤد السعاية فهو كالمكاتب، وعند أبي يوسف ومحمد والشافعي يعتق كله ولا سعاية عليه لقوله عليه الصلاة

هذا العبد يد رجل متعمداً لم يكن عليه القصاص في قول أبي حنيفة رحمه الله. وبه يأخذ، وهو بمنزلة العبد، وكان عليه القصاص في قول ابن أبي ليلى، وهو بمنزلة الحر في كل قليل أو كثير أو حد أو شهادة أو غير ذلك، وهو في قول أبي حنيفة رحمه الله بمنزلة العبد ما دام عليه درهم من قيمته. وكذلك هو في قولهما جميعاً لو أعتق جزءاً من مائة جزء أو بقي عليه جزء من مائة جزء من كتابته إن شاء الله تعالى. وإن كان أمة بين اثنين ولها زوج عبد أعتقها أحد موليتها وقضى عليها بالسعاية للأخر، لم يكن لها خيار في النكاح في قول أبي حنيفة حتى تفرغ من السعاية وتعتق، وكان لها الخيار في قول ابن أبي ليلى يوم يقع العتق عليها. وبه تأخذ ^(١). ولو طلقت يومئذ كانت عدتها وطلاقها في قول أبي حنيفة رحمه الله عدة أمة وطلاق أمة، وكانت عدتها وطلاقها في قول ابن أبي ليلى عدة حرة وطلاق حرة. ولو لم يكن لها زوج وأرادت أن تتزوج لم يكن لها ذلك حتى يأذن الذي له عليها السعاية. فهي في قول أبي حنيفة بمنزلة الأمة، وفي قول ابن أبي ليلى بمنزلة الحرة.

قال: وإذا قال الرجل لامرأته: أنت طالق إن شاء فلان وفلان غائب لا يدري أحي

والسلام: «من أعتق شقصاً من عبده فهو حر كله ليس لله فيه شريك» * إلى أن قال: واستدل أبو حنيفة بحديث سالم عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: «من أعتق شقصاً له في عبد فإن كان موسراً فعليه خلاصه، وإلا فقد عتق ما عتق ورق ما رق» وقال علي رضي الله عنه: يعتق الرجل من عبده ما شاء. وتاويل قوله ﷺ «نهو حر كله» سيصير حرّاً كله بإخراج الباقي إلى الحرية بالسعاية فيكون فيه بياناً أنه لا يستدام الرق فيما بقي منه، وهو مذهبنا، ولأن هذا إزالة ملك اليمين فيتحرر في المحل كالبيع. وتأثيره أن نفوذ تصرف المالك باعتبار ملكه وهو مالك للمالبة دون الرق، فالرق اسم لضعف ثابت في أهل الحرب مجازة وعقوبة على كفرهم وهو لا يحتمل التملك كالحياة إلا أن بقاء ملكه لا يكون إلا ببقاء صفة الرق في المحل، كما لا يكون حياً إلا باعتبار صفة الحياة في المحل، فذلك لا يدل على أن الحياة مملوكة له، فإذا ثبت أنه يملك المالبة وملك المالبة يحتمل التجزي فإنما يزول بقدر ما يزوله، ولهذا لا يعتق شيء منه بإعتاق البعض عند أبي حنيفة رحمه الله، حتى كان معتق البعض كالمكاتب إلا في حكم واحد وهو أن المكاتب إذا عجز برد في الرق، لأن السبب هناك عقد محتمل للفسخ، وهذا إذا عجز عن السعاية لا يرد في الرق، لأن سببه إزالة ملك لا إلى أحد وهو لا يحتمل الفسخ إلخ وأطال وأجاد. قلت: ولم يذكر هذه المسألة بصورتها في المبسوط وإنما هي متفرقة في الأبواب: اللعان، وحد القذف، والعناق.

(١) وهو قول محمد أيضاً كما علم سابقاً من أصلها، وهذه المسألة إلى حتمها وهو قوله: بسرة الحرة من تفرعات المسألة المذكورة قبلها، والفروع في هذا الباب بنيت على أصل واحد وهو أن العتق يتجرى عند الإمام دون ابن أبي ليلى وأبي يوسف ومحمد، رضي الله عنهم.

هو أو ميت أو فلان ميت قد علم بذلك، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: لا يقع عليها الطلاق. وهذا نأخذ ^(١). وكان ابن أبي ليلى يقول: يقع عليها الطلاق. قال أبو حنيفة: وكيف يقع عليها الطلاق ولم يشأ فلان؟ قال: وإذا فذف الرجل امرأته وقامت لها البينة وهو بجحد، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: يلاعن. وبه نأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: يلاعن ويضرب الحد ^(٢).

وإذا تزوج العبد بغير إذن مولاه فقال له مولاه: طلقها، فإن أبا حنيفة كان يقول: ليس هذا بإقرار بالنكاح إنما أمره بأن يفارقها فكيف يكون هذا إقرارًا بالنكاح؟ وبه نأخذ ^(٣). وكان ابن أبي ليلى يقول: هذا إقرار بالنكاح.

(١) قلت: وهو قول محمد أيضًا. قال السرخسي في مبسوطه: ولو قال لها: أنت طالق إن شاء فلان وفلان غائب لا يدري أحي أم ميت أو فلان ميت علم بعد ذلك. لم تطلق عندنا. وقال ابن أبي ليلى: هي طالق لأنه لا يتحقق مشيئة فلان بعد موته، ويبقى أصل الإيقاع فيقع الطلاق، ولكننا نقول: التعليق بشرط لا يكون له تحقيقًا للنفي فيخرج به كلامه من أن يكون إيقاعًا. وهذا لأن التعليق بالشرط يخرج كلامه من أن يكون إيقاعًا إلى أن يوجد الشرط. وإذا كان مما لا يتحقق كونه يخرج كلامه من أن يكون إيقاعًا أصلاً.

(٢) وفي المبسوط ج ٧ ص ٤٤: وإذا أنكر الزوج الفذف فأقامت المرأة به البينة عليه وحج اللعان بينهما. وعلى قول ابن أبي ليلى يلاعن ويحد. أما اللعان فلأن الثابت بالبينة كالثابت بإقرار الخصم. ثم قال ابن أبي ليلى: إنكاره بمنزلة إكذابه نفسه فيقام عليه الحد. ولكننا نقول: إنكاره نفي القذف وإكذابه نفسه تقرير القذف فكيف يستقيم إقامة إنكاره مقام إكذابه نفسه؟ لهذا لا يحد.

(٣) وفي الهداية: «وإذا تزوج العبد بغير إذن مولاه فقال المولى: طلقها أو فارقها فليس هذا بإجازة لأنه يحتمل الرد، لأن رد هذا العقد ومشاركته يسمى طلاقاً ومفارقة، وهو ألبق بحال العبد المتمرد أو هو أدنى، فكان الحمل عليه أولى. وقال في العناية: ألا ترى أنه لو قال في النكاح الفاسد: طلقنك كان متاركة؟ وإذا احتمل الأمرين رجحنا جهة المتاركة، لأنه ألبق بحال العبد المتمرد، وقوله: أو هو أي الرد أدنى، لأنه دفع والطلاق رفع والدفع أسهل من الرفع «فكان الحمل عليه الأولى». فإن قيل: قوله طلقها حقيقة في إيقاع الطلاق المعروف بحاز في المتاركة، والعمل بالحقيقة ممكن فكيف صير إلى المجاز؟ أجيب بأن الحقيقة قد تترك بدلالة الحال وهذا كذلك، وهي الافتيات على رأي المولى «وإن قال: طلقها تطليقة رجعية أو تطليقة شلك الرجعة فهذا إجازة، لأن الطلاق الرجعي لا يكون إلا في نكاح صحيح فتتعين الإجازة. وفي المبسوط: وكذلك إذا تزوج العبد بغير إذن مولاه فقال مولاه: طلقها فهذا لا يكون إجازة للنكاح عندنا، وعند ابن أبي ليلى هو إجازة، لأنه أمره بإيقاع الطلاق، والطلاق لا يقع إلا بعد صحة النكاح. ولكننا نقول: قوله طلقها بمنزلة قوله: فارقها أو دعها أو اتركها أو حل سبيلها، وشيء من هذا لا يكون إجازة للنكاح. يوضحه أن الطلاق مشتق من الإطلاق وهو الإرسال، وفي إجازة النكاح إنبات القيد، فالأمر بالإرسال لا يكون إنباتاً للقيد منه.

قال: وإذا طلق الرجل امرأته تطليقة بائنة فأراد أن يتزوج في عدتها خامسة، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: لا أجيز ذلك وأكرهه^(١) له، وكان ابن أبي ليلى يقول: هو حائز، وبه نأخذ.

قال: وإذا طلق الرجل امرأته ثلاثاً وهو مريض، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: إن مات بعد انقضاء العدة فلا ميراث لها منه وبه نأخذ^(٢)، وكان ابن أبي ليلى يقول: لها.

(١) وفي الميسوط ج ٤ ص ١٠٨: رجل له أربع نسوة فطلق واحدة منهن بعد ما دخل بها، ثلاث أو واحدة بائنة أو خلعها، لم يجز له أن يتزوج أخرى مادامت في العدة، لأن حرمة ما زاد على الأربع كحرمة الأخنتين، فكما أن هناك العدة تعمل على حقيقة النكاح في المنع فكذلك هنا. وقال في ص ٢٠٢: ولا تتزوج المرأة في عدة أختها منه من نكاح فاسد أو جائز عن طلاق بائن أو غير بائن. وعلى قول الشافعي رحمه الله تعالى إن كانت تعتد منه من طلاق رجعي فليس له أن يتزوج أختها. وإن كان من ثلاث أو خلع فله أن يتزوج أختها في عدتها. وقد روي مثل مذهبه عن زيد بن زيد عن هذا القول، وذكر الطحاوي رحمه الله قول زيد الآخر أنه ليس له أن يفرق بينهما، وحالهم زيد ثم رجع إلى قولهم.

وقال عبيدة السلماني: ما اجتمع أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم على شيء كاجتماعهم على تحريم نكاح الأخت في عدة الأخت، والمحافظة على الأربع قبل الطهر، وذكر سليمان بن يسار عن علي وابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم المنع من نكاح أخت المعتلة من طلاق بائن أو ثلاث. وكان الحسن البصري رحمه الله يقول: إن كانت حاملاً فليس له أن يتزوج أختها، وإن كانت حائلاً فله أن يتزوجها، ثم ذكر حجة الشافعي ثم حجة الإمام وصاحبيه، وفصل وأطال.

(٢) وفي الميسوط ج ٤ ص ١٥٤: وإذا طلق المريض امرأته ثلاثاً أو واحدة بائنة ثم مات وهي في العدة، فلا ميراث لها منه في القياس، وهو أحد أقاويل الشافعي رحمه الله تعالى، وفي الاستحسان ترث منه، وهو قولنا.

وقال ابن أبي ليلى: وإن مات بعد انقضاء عدتها ترث منه ما لم تتزوج بزواج آخر، وهو قول الشافعي، وقال مالك رحمه الله تعالى: وإن مات بعد ما تزوجت بزواج آخر فلها الميراث منه. وجه القياس أن سبب الإرث انتهاء النكاح بالموت ولم يوجد لارتفاعه بالتطليقات، والحكم لا يثبت بدون السبب، كما لو كان طلقها قبل الدخول، ولأن الميراث يستحق بالنسب تارة وبالزوجة أخرى. ولو انقطع النسب لا يبقى استحقاق الميراث به سواء كان في صحته أو في مرضه، فكذلك إذا انقطعت الزوجية، ولكننا استحسنا لاتفاق الصحابة رضي الله عنهم، فقد روى إبراهيم قال: جاء عروة البارقي إلى شريح من عند عمر رضي الله تعالى عنه يحضر خصال، منهن: إذا طلق المريض امرأته ثلاثاً ورثته إذا مات وهي في العدة.

وعن الشعبي أن أم البنين بنت عيينة بن حصن القزاري كانت تحت عثمان بن عفان رحمته الله ففارقها بعد ما حوضر فجاءت إلى علي رحمته الله بعد ما قتل وأخبرته بذلك، فقال: تركها حتى إذا أشرف على الموت فارقها وورثها منه. وأن عبد الرحمن بن عوف رحمته الله طلق امرأته فناصر آخر التطليقات الثلاث في مرضه فورثها عثمان رحمته الله وقال: ما أهمته ولكني أردت السنة. وعن عائشة رضي

الميراث ما لم تتزوج.

قال: وإذا طلق الرجل امرأته في صحته ثلاثاً فمجد ذلك وادعته عليه المرأة ثم مات الرجل بعد أن استحلقه القاضي، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: لا ميراث لها، وبه تأخذ^(١)، وكان ابن أبي ليلى يقول: لها الميراث إلا أن تقرر بعد موته أنه كان موته أنه كان طلقها ثلاثاً.

قال: وإذا خلا الرجل بامرأته وهي حائض أو وهي مريضة ثم طلقها قبل أن يدخل بها، فإن أبا حنيفة رحمته الله كان يقول: لها نصف المهر^(٢) وبه تأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: لها المهر كاملاً.

الله عنها أن امرأة الفار تراث ما دامت في العدة.

وعن أبي بن كعب رحمته الله أنها تراث ما لم تتزوج. وقال ابن سيرين: كانوا يقولون: من قر من كتاب الله تعالى رد إليه، يعني هذا الحكم، والقياس يترك بإجماع الصحابة رحمهم الله إلخ والتفصيل فيه فمن شاء زيادة الإطلاع فليرجع إلى المبسوط.

(١) وإذا طلق الرجل امرأته ثلاثاً في صحته فمجد ذلك الزوج وادعته المرأة ثم مات الرجل بعد أن استحلقه القاضي على ذلك فلا ميراث لها منه عندنا، لوجود الإقرار منها بارتفاع النكاح في حالة الصحة، ولأنها تعلم أن سب الأثر غير متحقق وهو انتهاء النكاح بالوفاة، وعلى قول ابن أبي ليلى: لها الميراث منه إلا أن يقرر بعد موته أنه قد كان طلقها ثلاثاً، لأن الزوج لما حلف وقضى القاضي بقيام النكاح بينهما كان ذلك تكذيباً منه لها في ذلك الإقرار، والمقر متى صار مكذباً شرعاً في إقراره يبطل حكم ذلك الإقرار، فلهذا كان لها الميراث إلا أن يقرر بعد موته إقراراً مستقبلاً أنه كان طلقها ثلاثاً، ولكننا نقول: القاضي بعد يمين الزوج لا يقضي بالنكاح ولا يبطل الطلاق الواقع ولكن يمنعها من المنازعة والخصومة من غير حجة ويبقى ما كان على ما كان فلا يتضمن ذلك الحكم تكذيبها في الدعوى، ألا ترى أن البينة بعد اليمين لا تكون مقبولة؟ وإذا تقرر هذا المعنى كان الإقرار السابق منها والموجود بعد موت الزوج في الحكم سواء.

(٢) وفي الهداية: وإن كان أحدهما مريضاً أو صائماً في رمضان أو محرماً بحج فرض أن نفل أو بعمره أو كانت حائضاً فليست الخلوة صحيحة حتى لو طلقها كان لها نصف المهر، لأن هذا الأشياء موانع. أما المرض فالمراد منه ما يمنع الجماع أو يلحقه به ضرر. وقيل مرضه لا يعرى عن تكسر وفتور، وهذا التفصيل في مرضها وأما صوم رمضان لما يلزمه من القضاء والكفارة. والإحرام لما يلزمه من الدم وفساد النسك والقضاء. والحيض مانع طبعاً وشرعاً. قلت: المراد من المانع الشرعي النهي الذي ورد بقول تعالى: ﴿وَسْتَأْذِنُكَ عَنِ الْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَذًى فَاعْتَزَلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ وَلَا تَفْرُسُوهُنَّ حَتَّى يَطْهَرْنَ﴾ [البقرة: ٢٢٢] وأما المانع الطبيعي فهو الدم، لأن طبيعة الإنسان تكرهه وتعافه وفيه تلويث بعض الأعضاء بالدم. وأما المرض العارض لأحدهما فموانع حسي.

وإذا قال الرجل لامرأته: إن ضمنت إليك امرأة فأنت طالق واحدة فطلقها فبانت منه وانقضت العدة ثم تزوج امرأة أخرى ثم تزوج تلك المرأة التي حلف عليها، فإن أبا حنيفة رحمته كان يقول: لا يقع عليها الطلاق من قبل أنه لم يضمها إليها. وبه نأخذ^(١) وكان ابن أبي ليلى يقول: يقع عليها الطلاق.

قال : وإذا قال الرجل : إن تزوجت فلانة فهي طالق فتزوجها على مهر مسمى ودخل بها، فإن أبا حنيفة رحمته كان يقول: هي طالق واحدة بائنة وعليها العدة ولها مهر ونصف: نصف من ذلك بالطلاق، ومهر بالدخول. وبه نأخذ^(٢). وكان ابن أبي ليلى يقول: لها نصف مهر بالطلاق وليس لها بالدخول شيء. ومن حجته في ذلك أن رجلاً ألى من امرأته فقدم بعد أربعة أشهر فدخل بامرأته، ثم أتى^(٣) ابن مسعود رحمته فأمره أن يخطبها فخطبها وأصدقها صداقها مستقبلاً، ولم يبلغنا أنه جعل في ذلك الوطاء صداقاً. ومن حجة أبي

(١) وفي المبسوط: وإذا قال الزوج لامرأته: إن ضمنت إليك أخرى فأنت طالق واحدة فطلقها واحدة وانقضت عدتها ثم تزوج امرأة أخرى ثم تزوج امرأته هذه التي حلف عليها، فإنها لا تطلق عندنا. وقال ابن أبي ليلى: تطلق، لأن عنده اليمين انعقد صحيحاً في الملك، والشرط وجد في الملك أيضاً، لأن الشرط ضم امرأة أخرى إليها، وهذا الضم إنما يتحقق إذا اجتمعنا في نكاحه وذلك بعد ما تزوج بها، ولكننا نقول قوله إن ضمنت إليك امرأة أخرى بمنزلة إن تزوجت عليك وهذا لأن ضم غيرها إليها إنما يتحقق إذا تزوج الأخرى وهي في نكاحه فأما إذا تزوج الأخرى بعد انقضاء عدتها ثم تزوجها فإنما ضمها هي إلى الأخرى ألا ترى أن الشرع حرم ضم الأمة إلى الحرة في النكاح ولو تزوج أمة ثم تزوج حرة بقي نكاح الأمة صحيحاً بخلاف ما إذا تزوج حرة ثم تزوج عليها أمة.

(٢) قلت: وقد مر مثل هذه المسألة قبل ذلك في هذا الباب، وليس بينهما فرق إلا أنه ذكرها: هي طالق واحدة بائنة، ولم يذكر هناك: بائنة، وزاد هنا احتجاجهما لها. وقد ذكرت شرح المسألة وحلها عن المبسوط وفيه كفاية فلا نعيده مرة ثانية.

(٣) روى أبو يوسف فتوى ابن مسعود في كتاب الآثار عن الإمام عن حماد عن إبراهيم أن عبد الله بن أنس ألى من امرأته فغاب ثم قدم بعد خمسة أشهر فوقع عليها خرج إلى أصحابه ورأسه يقطر فقالوا: أصبت من فلانة؟ قال: نعم: قالوا: ألم تكن آليت منها؟ قال: بلى. قالوا: تراها قد بانت منك؟ فانطلقوا إلى علقمة فلم يجدوا عنده فيها شيئاً. وانطلق بهم علقمة إلى عبد الله رحمته فذكروا له أمره وأمرها فقال: أخبرها أنها قد بانت منك واخطبها، ففعل وأصدقها مئاقيل فضة. وأخرجه الحسن بن زياد ومحمد في آثارهما. قال محمد: وبه نأخذ. ونرى عليه صداقاً لوقوعه عليها قبل النكاح الثامي، وهو قول أبي حنيفة وإبراهيم النخعي وحماد بن أبي سليمان، وأخرجه ابن خسر أيضاً في مسنده من طريق ابن زياد عنه، قلت: ورواه ابن أبي شيبة عن سفيان بن عيينة عن منصور عن إبراهيم عن علقمة قال: ألى ابن أنس من امرأته فلبثت ستة أشهر فينما هو جالس في المجلس إذ ذكر فأتى ابن مسعود فقال: أعلمها أنها قد ملكت أمرها إلى آخره، ذكره في الجوهر النقي.

حنيفة عليه السلام أنه قال: وقد وقع الطلاق قبل الجماع فوجب لها نصف المهر، وجامعها بشبهة فعليه المهر^(١)، ولو لم أجعل عليه المهر جعلت عليه الحد. وقال أبو حنيفة: كل جماع يدرأ فيه الحد ففيه صدق^(٢) لا بد من الصداق، إذا درأت الحد وجب الصداق وإذا لم أجعل الصداق، فلا بد من الحد. قال أبو يوسف: حدثني محمد بن حماد عن إبراهيم أنه قال فيه: لها مهر ونصف مهر، مثل قول أبي حنيفة. وإذا قال الرجل لامرأته: إن دخلت الدار فأنت طالق إن شاء الله فدخلت الدار، فإن أبا حنيفة وابن أبي ليلى رضي الله عنهما قالا: لا يقع الطلاق^(٣). ولو قال: أنت طالق إن شاء الله ولم يقل: إن دخلت الدار، فإن أبا حنيفة عليه السلام قال: لا يقع الطلاق. وقال: هذا والأول سواء. وبه نأخذ.

حدثنا أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم أنه قال في ذلك: لا يقع الطلاق ولا العتاق^(٤) وأخبرنا عبد الملك بن أبي سليمان^(٥) عن عطاء بن أبي رباح أنه قال: لا

(١) أخرج الطحاوي بسند صحيح عن ابن السيب أن رجلاً تزوج امرأة في عدها فرفع إلى عمر عليه السلام فضرهما دون الحد وجعل لها الصداق. وقال البيهقي: قال مسروق: رجع عمر بن الخطاب عليه السلام عن قوله في الصداق وجعله لها بما استحل من فرجها. وفي البحر الرائق ج ٢ ص ١٦٩: وإنما وجب المهر في الفاسد بالوطء عملاً بحديث السنن: «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل» ثلاث مرات. فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها فصار أصلاً للمهر في كل نكاح فاسد بعد حملها له على الصغيرة والأمة كما قدمناه.

(٢) روى أبو يوسف في آثاره [ص ١٣٨] عنه عن حماد عن إبراهيم أنه قال: كل جماع يدرأ فيه الحد ففيه الصداق. وروى محمد عنه في الآثار عن حماد عن إبراهيم قال: إذا دخلت المرأة كل واحدة على أخي زوجها فوطئت كل واحدة منها، فإنه ترد كل واحدة منهما إلى زوجها ولها الصداق بما استحل من فرجها ولا يفرجها زوجها حتى تنقضي عدتها. وروى البيهقي نحو عن علي عليه السلام.

(٣) قال السرخسي في المبسوط محتجاً لهما: لقوله عليه الصلاة والسلام: «من حلف بطلاق أو عتاق واستثنى فلا حث عليه» * ولأن الاستثناء الموصول يخرج الكلام من أن يكون عزيمة. قال الله تعالى ﴿سَتَجِدُنِي إِنْ شَاءَ اللَّهُ صَابِرًا﴾ [الكهف: ٦٩]. ولم يصبر ولم يعاتب على ذلك. والوعد من الأنبياء كالعهد من غيرهم، وقد قرنا هذا في الإيمان.

(٤) ورواه في كتاب الآثار أيضاً [ص ١٣٨] عنه عن حماد عن إبراهيم أنه قال: إذا قال الرجل لامرأته أنت طالق إن شاء الله، فليس بشيء ولا يقع الطلاق. وأخرجه محمد أيضاً في آثاره [ص ١٣٧]، ولفظه: أنت طالق ثلاثاً إن شاء الله. قال محمد: وبه نأخذ وهو قول أبي حنيفة.

(٥) هو عبد الملك بن ميسرة أبي سليمان العرزمي الفزاري أبو محمد الكوفي أحد الأئمة. روى عن أنس وسعيد بن جبير، وعنه شعبة والسفيانان وخلق. وثقه ابن معين والنسائي، قال الترمذي: وهو ثقة مأمون عند أهل الحديث لا نعلم أحداً تكلم فيه غير شعبة من أجل هذا الحديث. -

يقع الطلاق^(١) [وقال ابن أبي ليلى: يقع الطلاق هنا، وكذلك العتاق]^(٢).

قال : وإذا طلق الرجل امرأته واحدة فانقضت عدتها فتزوجت زوجها ودخل بها ثم طلقها ثم تزوجها الأول، فإن أبا حنيفة رحمته الله قال: هي على الطلاق كله. وبه نأخذ^(٣).

روى له الحمسة والبخاري تعليقا مات سنة ١٤٥هـ.

(١) وأخرجه في آثاره أيضا بهذا السند [ص ١٣٦]. وروى عن غالب بن عبيد الله عن عطاء أنه قال: إذا قال أنت طالق إن شاء الله ، فلا يقع الطلاق وليس بشيء وأخرج الفاضلي أبو بكر محمد بن عبد الباقي عن محمد عن الإمام عن حماد عن إبراهيم عن ابن مسعود إذا قال الرجل لامرأته أنت طالق بمشيئة الله أو بإرادة الله، المشيئة خاصة لله تعالى لا يقع به الطلاق، والإرادة يقع به الطلاق. وروى البيهقي [٣٦٠/٧، ٤٦/١٠] عن ابن عمر مرفوعا: «إذا حلف الرجل فقال إن شاء الله فقد امتنيت». وأخرج أصحاب السنن عن ابن عمر رفعه «من حلف على يمين فقال إن شاء الله فلا حنث عليه» قال الترمذي: حديث حسن. وقد روي موقوفا. وروى الأربعة إلا أبا داود عن أبي هريرة مثله. ورجاله ثقات.

(٢) قلت: سقط هذا اللفظ من الأصل وزدته من مبسوط السرخسي . قال السرخسي: وهذا لأن الاستثناء إنما يعمل عنده في اليمين بالطلاق وبالعتاق.

وقوله: أنت طالق أو أنت حرة، ليس بيمين ثم قوله: إن شاء الله في مثل هذا إنما يراد به التحقيق ولا يراد التعليق لا من قوله: أنت طالق أو أنت حرة وصف فيلق به معنى التحقيق ولا يلق به معنى التعليق ، ولكننا نقول: قوله إن شاء الله تأثيره في إخراج الكلام من أن يكون عزيمة، والابقاع في هذا والتعليق سواء. والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقُولَنَّ لِّشَأْنٍ أَنِّي فَاعِلٌ ذَلِكَ غَدًا﴾.

(٣) وفي المبسوط ج ٦ ص ٩٥ : وإن طلق امرأته واحدة أو اثنين ثم تزوجها بعد زوج فد دخل بها فهي عنده على ثلاث تطليقات مستقبلات في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى، وهو قول ابن عباس وابن عمرو وأصحاب عبد الله بن مسعود رحمهم الله ، وعند محمد وزفر والشافعي رحمهم الله تعالى هي عنده بما بقي من طلاقها ، وهو قول عمر وعلي وأبي بن كعب وعمران بن الحصين وأبي هريرة رضي الله عنهم ، فأخذ الشبان من الفقهاء بقول المشايخ من الصحابة رضوان الله عليهم، والمشايخ من الفقهاء بقول الشبان من الصحابة رضوان الله عليهم. وحجة محمد في ذلك أن الزوج الثاني غاية للحرمة الحاصلة بالثلاث ، قال الله تعالى : ﴿وَحَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ وكلمة حتى للغاية حقيفة ، وبالتطليقة والتطليقتين لم يثبت شيء من تلك الحرمة ، لأنها متعلقة بوقوع الثلاث، وبعض أركان العلة لا يثبت شيء من الحكم فلا يكون الزوج الثاني غاية ، لأن غاية الحرمة قبل وجودها لا يتحقق ، كما لو قال : إذا جاء رأس الشهر فوالله لا أكلم فلانا حتى أستشير فلان ثم استشاره قبل مجيء رأس الشهر لا يعتبر هذا، لأن الاستشارة غاية للحرمة الثابتة باليمين فلا تعتبر قبل اليمين ، وإذا لم تعتبر كان =

* ورواه الترمذي (١٠٨/٤)، والدارمي (٢٤٢/٢)، وأبو داود (٢٢٥/٣)، والنسائي (٢٥/٧).

وقال ابن أبي ليلى : هي على ما بقي.

باب الحدود

قال أبو يوسف رحمه الله: وإذا أقيم الحد على البكر وجلد مائة جلدة، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: لا أنفيه من قبل أنه بلغنا عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه نهى عن ذلك وقال: كفى بالنفي فتنة^(١).

وجودها كعدمها. ولو تزوجها قبل التزوج أو قبل إصابة الزوج الثاني كانت عنده بما بقي من التطليقات، فكذاك هنا، وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى قالوا: إصابة الزوج الثاني بنكاح صحيح يلحق المطلقة بالأجنبية في الحكم المختص بالطلاق، كما بعد التطليقات الثلاث. وبيان هذا أن بالتطليقات الثلاث تصير محرمة ومطلقة ثم بإصابة الزوج الثاني يرتفع الوصفان جميعاً وتلتحق بالأجنبية التي لم يتزوجها قط فبالتطليقة الواحدة تصير موصوفة بأنها مطلقة فيرتفع ذلك بإصابة الزوج الثاني.

ثم الدليل على أن الزوج الثاني رافع للحرمة لا منه أن المنهي يكون متقررًا في نفسه ولا حرمة بعد إصابة الزوج الثاني، فدل أنه رافع للحرمة ولأن موجب للحل فإنه صاحب الشرع ساء محلاً فقال ﷺ «لعن الله المحلل والمحلل له» وإنما كان محلاً لكونه موجباً للحل ومن ضرورة أنه يكون رافعاً للحرمة. وهذا تبين أن جعله غاية مجاز، وهو نظير قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيَ الَّذِينَ لَا يَفْقَهُوْنَ الصَّلَاةَ وَالْزَّكَاةَ وَالْحُجَّةَ وَالْأَنْشُرَ سَكْرَىٰ حَتَّىٰ تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ وَلَا جُنَا إِلَّا عَابِرِ سَبِيلٍ حَتَّىٰ تَغْتَسِلُوا﴾ [النساء: ٤٣] والاعتسال موجب للطهارة رافع للحدث لا أن يكون غاية للجناية. والدليل عليه أن أحكام الطلاق تثبت متأبدة لا إلى غاية ولكن ترتفع بوجود ما يرفعها، كحكم زوال الملك لا يثبت مؤقتاً، ولكن يرتفع بوجود ما يرفعه وهو النكاح.

وإذا ثبت أن الزوج الثاني موجب للحل فإنما يوجب حلاً لا يرتفع إلا بثلاث تطليقات، وذلك غير موجود بعد التطليقة والتطليقتين فيثبت به. ولما كان رافعاً للحرمة إذا اعترض بعد ثبوت الحرمة فلا يرفعها وهو بعرض الثبوت أولى، ولأن يمنع بشوئها إذا افترن بأركانها أولى إلخ. قلت: وحديث ابن عباس وابن عمر رواه محمد عن الإمام عن حماد عن سعيد بن جبير عن عبد الله بن عتبة عنهما في كتاب الآثار. ثم قال: وهذا كله كان يأخذ أبو حنيفة. وأما قولنا: فهي على ما بقي من طلاقها، إذا بقي منه شيء، وهو قول عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب ومعاذ بن جبل وأبي بن كعب وعمران بن حصين وأبي هريرة رضي الله عنه وأخرجه ابن خسر من طريق ابن زياد عنه.

(١) رواه محمد في الآثار وعبد الرزاق في مصنفه [٣١٤/٧، ٢٣٠/٩] عن الإمام عن حماد عن إبراهيم عن علي رضي الله عنه، وروى عبد الرزاق عن معمر عن الزهري عن ابن المسيب قال: غرّب عمر ربيعة بن أمية بن خلف في الشراب إلى خبير فلحق مهرق فتصر، فقال عمر: لا أغرب بعده مسلماً، ذكره القاري في شرح مختصر الوقاية.

(١) وفي المبسوط ج ٩ ص ٤٣: ولا يجمع بين الجلد والرحم ولا بين الجلد والنفي أما في حق النكح فلا يجمع بين الجلد والنفي عندنا إلى أن قال وحجتنا فيه قوله تعالى ﴿فَأَجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾ فقد جعل الجلد جميع حد الرنا، فلو أوجبنا معه التعريب كان الجلد بعض الحد فيكون زيادة على النص، وذلك يعدل النسخ. وررري أن مخدجا سقيما وحد على بطن أمة من إماء الحي يفجر بها، فأتى به رسول الله ﷺ فقال: «اضربوه مائة» فقالوا: إن بدنه لا تحمّل الضرب فقال ﷺ: «خذوا عنكالا عليه مائة شراخ فاضربوه بها» ولم يأمر بالتعريب ولو كان ذلك حدا لتكلف له كما تكلف للحد، لأن عمر ﷺ جلد أبا بكره ﷺ في داره على الرنا وأمر امرأته أن تكتم، فلو كان التعريب متما للحد لما أمرها بالكتمان، لأن ذلك لا يتصور. وإنما نفي شارب الخمر ارتد ولحق بالروم فقال: والله لا أنفي أحدا بعد هذا أبدا. فلو كان مشروعا حدا لما حلف أن لا يقيمه. قال علي ﷺ: «كفى بالنفي فتنة» والحد مشروع لتسكين الفتنة فما يكون فتنة لا يكون حدا. وعن إبراهيم أن عليا وابن مسعود رضي الله عنهما اختلفا في أم ولد زنت بعد موت مولاهما، قال علي ﷺ تجلد ولا تنفي وقال ابن مسعود ﷺ تنفي وأخذنا بقول علي ﷺ لأنه أقرب إلى دفع الفتنة والفساد.

ومعنى هذا ما ذكره في الكتاب قال: أرايت شابة زنت أكنت أنفيا؟ أي في نفيها تعريض لها لمثل ما ابتليت به، فإنها عند أبويها تكون محفوظة، ففي دار الغربة تكون خليعة العذار، والنساء لحم على وضم إلا ما ذب عنهن. وإنما تبقى المرأة محفوظة بالحافظ والاستحياء، وذلك يندفع بالتعريب فيكون تعريضا لها للإقدام على هذه الفاحشة برفع المانع.

وهذا أولى مما قاله الخصم، لأن ما ينشأ عن الصحة والمؤانسة يكون مكتوما، وما ينشأ عن الموافقة يكون ظاهرا، فإن في هذا قطعاً لسبب ما ينشأ عن المحادثة وهو مكتوم، ففيه تعريض للرنا بطريق الوقاحة وهو أفحش.

ثم قال: أرايت أمة زنت أكنت أنفيا فأحول بينها وبين مولاهما وبين خدمتها، وحق السولي في الخدمة مرعي وهو مقدم على الشرع؟ وإذا ثبت أن الأمة لا تنفي، فكذلك الحرة، لأن الله قال: ﴿فَعَلَيْنَ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ﴾ وإذا ثبت أن نصف الحد خمسون جلدة ثبت أن الكمال له مائة جلدة ثم لا يجوز أن تنفي الحرة مع المحرم، لأن المحرم لم يزن فكيف يقام عليه الحد؟ وبدون المحرم هي ممنوعة عن المسافرة شرعا، فلا يجوز إقامة الحد بطريق فيه إبطال ما هو مستحق شرعا.

وأما المهاجرة لا تقصد السر بغير محرم وإنما تقصد التخلص من المشركين، حتى لو وصلت إلى جيش لهم منعة في دار الإسلام وأمنت لم يكن لها أن تسافر بغير محرم بعد ذلك.

فأما الحديث فقد بينا أن الجمع بين الجلد والتعريب كان في الابتداء ثم انتسخ بنزل سورة النور. والمراد بالتعريب الحبس على سبيل التعزير. إلى أن قال: وإن ثبت النفي على أحد فذلك بطريق المصلحة لا بطريق الحد، كما نفى رسول الله ﷺ هيت المحدث من المدينة، ونفى عمر ﷺ نصر بن حجاج من المدينة حين سمع قائلة تقول:

هل من سبيل إلى خمر فأشربها أو هل سبيل إلى نصر بن حجاج

وكان ابن أبي ليلى يقول: ينفى سنة إلى بلد غير بلد الذي فجر به . وروى ذلك عن رسول الله ﷺ وعن أبي بكر وعلي رضي الله عنهما^(١).

قال: وإذا زنى المشركان وهما ثيبان ، فإن أبا حنيفة رحمه الله قال: ليس على واحد منهما الرجم . وكان ابن أبي ليلى يقول: عليهما الرجم . ويروى ذلك عن نافع عن ابن عمر رحمه الله عن رسول الله ﷺ «أنه رجم يهوديا ويهودية»^(٢)

فنفاه ، والحمال لا يوجب النفي ، ولكن فعل ذلك للمصلحة ، فإنه قال: وما ذنبى يا أمير المؤمنين ؟ قال: لا ذنب لك وإنما الذنب لي حيث لا أظهر دار الهجرة منك . وقول ابن أبي ليلى في النفي كقول الشافعي إلا أنه يقول: ينفى إلى بلد غير البلد الذي فجر فيه ، ولكن دون مسيرة سفر ، وعند الشافعي لا يكون النفي دون مسيرة سفر . وقال الحافظ علاء الدين التركماني:

قلت: ما ورد في هذا الباب من النفي محمول على أنه كان تأديبا لرفع الفساد لا حدا ، كما ينفي الإمام أهل الدعارة وكفنه عليه السلام .

وقد ذكر البيهقي في باب من قتل عبده أنه عليه السلام نفى الذي قتل عبده سنة . وروى عبد الرزاق [٣١٢/٧] عن معمر عن الزهري عن ابن المسيب أن عمر غرب ربيعة بن أمية في الخمر إلى خيبر فلحق بهرقل . فلما بلغ ذلك عمر قال: والله لا أغرب بعدها أبدا .

وروى أيضا عن أبي حنيفة عن حماد عن إبراهيم قال: قال عبد الله في البكر يزني بالبكر: يجلدان مائة وينفيان سنة . قال: وقال علي: حسبهما من الفتنة أن ينفيا . ولما لم يكن في حد القذف والخمر تغريب دل على أنه تأديب له لدعارته .

(١) روى الترمذي [٤٤/٤] عن عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر أن النبي ﷺ ضرب وغرب ، وأن أبا بكر ضرب وغرب ، وأن عمر ضرب وغرب ، وحديث النفي رواه أبو هريرة وعبادة بن الصامت رواه البخاري وغيره من أصحاب الصحاح والسنن . وأخرج البيهقي من طريق هشيم عن الشيباني عن الشعبي أن عليا رحمه الله جلد ونفى من البصرة إلى الكوفة ، أو قال من الكوفة إلى البصرة . وروى البيهقي عن أبي بكر وعمر أيضا ، وروى البخاري أن عمر كان ينفي من المدينة إلى البصرة أو إلى خيبر .

(٢) ورواه البخاري أيضا من طريق مالك عن نافع ، ومن طريق عبد الله بن دينار عن ابن عمر . وأخرجه مسلم وأبو داود والترمذي وابن ماجه كلهم عن مالك عن نافع عن ابن عمر ، ومسلم أيضا من طريق عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر* .

* انظر تلخيص الحبير (٦١/٤) ، والدراية (١٠٠/٢) ، ونصب الراية (٣٣١/٣) .

(١) وفي المبسوط ج ٩ ص ٣٩: فأما الإسلام شرط في قول علمائنا ، وعن أبي يوسف أنه ليس بشرط ، وهو قول الشافعي، لحديث ابن عمر أن رسول الله ﷺ رجم يهوديين زنيا، وزاد في بعض الروايات: وقد أحصنا. والمعنى فيه أن هذه عقوبة يعتقد الكافر حرمة سبها فقيام عليه ، كما يقام على المسلم كالجلد والقطع والقفل في القصاص، بخلاف حد الشرب فإنه لا يعتقد حرمة سبه. إلى أن قال: ورحمنا قوله عليه الصلاة والسلام: «من أشرك بالله فليس بمحصن» قلت : أخرجه إسحاق بن راهويه والدارقطني والبيهقي من طريق نافع عن ابن عمر معناه ليس بكامل الحال فإن المحصن من هو كامل الحال، والرحم لا يقام إلا على من هو كامل الحال. والاعتماد في المسألة على الاستدلال بالثبوت ، فإن الثبوت بالنكاح الصحيح شرط لايجاب الرجم، ومعلوم أن المقصود انكسار شهوته بإصابة الحلال وهذا المقصود يتم بالإصابة بملك اليمين كما يتم بالنكاح ، ثم شرط أن يكون بالنكاح فما كان ذلك إلا لاعتبار معنى النعمة. وتبين هذا أن ما يشترط لاقامة الرجم يشترط بطريق هو نعمة، فكذلك اعتقاد الحرمة يشترط بطريق هو نعمة، وذلك بالإسلام بل أولى، لأن أصل النعمة في الوطء بملك اليمين موجود إما انعدم نهايتها، وأصل النعمة منعدم هنا فيما يعتقد الكافر، وتأثيره أن الجريمة كما تغلظ باجتماع الموانع تغلظ باجتماع النعم، ولهذا هدد الله تعالى نساء رسول الله ﷺ بضعف ما هدد به غيرهن بقوله تعالى: ﴿يُضَعَّفَ لَهَا الْاَعْدَاءُ ضِعْفَيْنِ﴾ [الأحزاب: ٣٠] لزيادة النعمة عليهن. وعوتب الأنبياء على الزلات بما لم يؤاخذ به غيرهم لزيادة النعمة عليهم. والحر يقام عليه الحد الكامل ولا يقام على العبد لزيادة نعمة الحرية في حق الحر، فبدن العبد أكثر احتمالا للحد من بدن الحر، نعرفنا أن بزيادة النعمة يزداد تغليب الجريمة لما في ارتكاب الفاحشة من كفران النعمة. إلى أن قال: فأما الحديث فإنما رجمها رسول الله ﷺ بحكم التوراة، ألا ترى أنه دعا بالتوراة وبابن سوريا الأعور وناشده بالله حتى اعترف بأن حكم الرنا في كتابهم الرجم فرجمها ، وقال : «أنا أحق من أحيا سنة أمانتها» وإحياء سنة أميت إنما يكون بالعمل بها. فدل أنه إنما رجمها بحكم التوراة ، ولم يكن سنة أميت إنما يكون بالعمل بها. فدل أنه إنما رجمها بحكم التوراة، ولم يكن سنة لإحصان شرطاً في الرجم بحكم التوراة. وقوله: وقد أحصنا شاذ، ولو ثبت فمراده الإحصان من حيث الحرية ، كما في قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ آمَنُوا وَلَمْ يَلْحَقُوا بِهِم مِّنَ الدِّينِ فَلَا يَلْحَقُوا بِهِم مِّنَ الدِّينِ﴾ [المائدة: ٥] قلت: وروى البيهقي من طريق سعيد بن منصور عن عيسى بن يونس عن أبي بكر بن عبد الله بن أبي مريم الغساني عن علي بن أبي طحفة عن كعب بن مالك أنه أراد أن يتزوج يهودية أو نصرانية فسأل رسول الله ﷺ وسلم منهاها عنها وقال: إنها لا تحصنك. وروى أبو يوسف في الخراج عن عبد الله عن نافع عن ابن عمر أنه كان لا يرى مشركة محصنة. وروى عن مغيرة عن إبراهيم والشعبي في الحر يتزوج اليهودية والنصرانية

قال أبو يوسف: قال أبو حنيفة لا تقام الحدود في المساجد^(١).
وروي ذلك عن رسول الله ﷺ^(٢).
وبه نأخذ^(٣). كان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول: نقيم الحدود في المساجد، وقد فعل ذلك.

ثم يقجر قالاً: يجلد ولا يرمم. وروى عن أبي حنيفة الإمام عن حماد عن إبراهيم قال: لا يحسن الرجل يهودية ولا نصرانية ولا بأمته.
(١) قلت: وكرر هذه المسألة، وقد ذكرها قبل ذلك ومر شرحها وفرغنا من تحقيقها إلا أن السرخسي ذكرها في ص ٨٣ ج ٩ في ضمن المسألة ولا يخلو ذكرها عن زيادة فائدة. قال: وهو أي القاضي ممنوع من إقامة الحد فيها «أي في المساجد» لحديث ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «لا تقام الحدود في المساجد» ولحديث حكيم بن حزام رضي الله عنه في حديث فيه طول فلا يقام فيها حد، ولأن تلويث المسجد حرام، وإليه أشار ﷺ في قوله: «جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم» وإقامة الحد في المسجد ربما يؤدي إلى التلويث.
(٢) قلت: لم أجد من أخرج هذا الحديث من أصحاب مسانيد الإمام وأخرج ابن ماجه من طريق عمر بن دينار عن طائوس عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ قال: «لا تقام الحدود في المساجد» وروي من طريق ابن لهيعة عن محمد بن عجلان عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ نهى عن جلد الحد في المساجد*. وروى أبو يوسف في كتاب الخراج عن أشعث عن فضيل بن عمرو الفقيمي عن معقل قال: جاء رجل إلى علي رضي الله عنه فساره فقال: يا قنبر أخرج من المسجد، وأقم عليه الحد قال: وحدثنا ليث عن مجاهد قال: كانوا يكرهون أن يقيموا الحدود في المساجد. وروى البيهقي من طريق محمد بن عبد الله بن المهاجر عن زفر بن وثيمة عن حكيم بن حزام قال: نهى رسول الله ﷺ أن يستقاد في المساجد وأن ينشد فيها الأشعار أو تقام فيها الحدود (وذكرناه قبل ذلك).

(٣) قلت: وهو قول الإمام محمد أيضاً ليس بين أصحابنا في هذا اختلاف قال الإمام أبو يوسف في الخراج: ولا ينبغي أن تقام الحدود في المساجد ولا في أرض العدو إلخ.

* رواه الترمذي (١٩/٤). والدارمي (٢٥٠/٢)، والبيهقي (٣٩/٨)، والدارقطني (٨٦/٣)، وابن ماجه (٨٦٧/٢)، وانظر: الدرر (٢٦٥/٢)، ونصب الراية (٣٤٠/٤)، وخلاصة المدر المنير (٣٢٢/٢).

قال أبو يوسف رحمه الله : وإذا وطئ الرجل جارية أمه فقال: ظننت أنها نحل لي، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: يدرك عنه الحد^(١) فإذا أقر بذلك في مقام واحد أربع مرات له يحد وعليه المهر^(٢). وبه نأخذ^(٣) وقال ابن أبي ليلى وأنا أسمع: أقر عندي رجل أنه وطئ

(١) وفي كتاب الخراج ص ٢١١ طبع السلفية: قال أبو يوسف : ومن رفع إليك وقد تزوج امرأة في عذتها فلا حد عليه لما جاء في ذلك عن عمر وعلي رضي الله عنهما، فإنهما لم يريا في ذلك حدا ولكنهما يفرق بينه وبينها ، وكذلك من رفع إليك وقد فجر بأمة له فيها شقص فلا حد عليه ، وكذلك الذي يطأ مكاتبته ، وكذلك الذي يطأ جارية امرأته أو جارية أبيه أو جارية أمه إذا قال: لم أعلم أنهن يحرم علي ، فإن قال : قد علمت أن ذلك حرام علي ، أقيم عليه الحد. ولا حد على من وطئ جارية ابنه أو ابن ابنه وإن قال: قد علمت أنها حرام علي، لما جاء في ذلك عن رسول الله ﷺ: «أنت ومالك لأبيك» فأما من وطئ جارية أخيه أو أخته أو جارية دعي ربح محرم منه سوى ما سميت فعليه الحد. قال: حدثنا إسماعيل بن أبي خالد عن عمير بن نعيم قال: سئل ابن عمر رضي الله عنهما عن جارية كانت بين رجلين فوقع عليها أحلما قال: ليس عليه حد. قال: وحدثنا المغيرة عن الهيثم بن بدر عن حرقوص عن علي رضي الله عنه أن رجلا وقع على جارية امرأته فدرأ عنه الحد. قال: وحدثنا إسماعيل عن الشعبي قال: جاء رجل إلى عبد الله فقال: إني وقعت على جارية امرأتي ، فقال: اتق الله ولا تعد. قال: وحدثنا أشعث عن الحسن في الرجل يقع على جارية أمه قال: ليس عليه حد وجارية الحد والحدلة مثل جارية الأم والأب.

(٢) والمراد من المهر العقر، لأن الحد إذا ثبت دفع عنه المهر، وإذا درى الحد عنه وجب عليه العقر قال في ص ٩٧ ج ٩ من المبسوط في ضمن مسألة وطء جارية ابن الابن: ولا شيء على الحد من قيمة الأمة ، لأنه لم يملكها ، وعليه العقر لأن الوطء قد ثبت بإقراره وسقط الحد للنسبة الحكيمة إلخ.

(٣) وبه قال الإمام محمد أيضا - أفاده السرخسي بقوله: عندنا. والذي روي أنها قالت : «أتريد أن ترددني كما رددت ماعرا؟» لا يكاد يصح ، لأن تردد ماعز كان حكما شرعيا فلا يظن بها أنها جاءت لطلب التطهير ثم تعترض فيما هو حكم شرعي، واعتبار هذا الحق بسائر الحقوق باطل ، فقد ظهر فيها من التغليب ما لم يظهر في سائر الأشياء . إلخ والتفصيل فيه. وفي كتاب الخراج ص ١٩٤ قال: ومن أتى الأمام فأقر عنده بالزنا فلا ينبغي له أن يقبل منه قوله حتى يردده ، فإذا أنهاه فأقر عنده أربع مرات كل مرة يردده فيها ولا يقبل منه،

* رواه ابن ماجه (٧٦٩/٢)، وابن حبان (١٤٢/٢)، وانظر: الدراية (١٠٢/٢)، وتخريجنا له مطولا في «بر الوالدين» للطرطوشي - بتحقيقنا - ط - العلمية بيروت.

جارية أمه فقال له: أوطئتها؟ قال: نعم. فقال له: أوطئتها؟ قال: نعم. فقال له: أوطئتها؟ قال: نعم. «قال له الرابعة: وطئتها؟ قال: نعم. قال ابن أبي ليلى: فأمرت به فجلد الحد^(١)».

سأل عنه هل به لم؟ هل به جنون؟ هل في عقله شيء ينكر؟ فإذا لم يكن به شيء من ذلك فقد وجب عليه الحد. فإن كان محصناً فالرجم. والذي يبدأ بالرجم في الإقرار الإمام، ثم الناس. وإذا كان بكراً أمر بجلده مائة جلدة. هكذا بلغنا أن رسول الله ﷺ فعل بما عزم بن مالك حين أتاه فاعترف عنده بالزنا، حدثنا محمد بن عمرو عن أبي سلمة عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: جاء ماعز بن مالك إلى النبي ﷺ فقال: إني زنيت، فأعرض عنه حتى أتاه أربع مرات: فأمر به فرجم، فلما أصابته الحجارة أدبر يشتد فلقية رجل بيده لحي جمل فضر به به فصرعه، فذكر للنبي ﷺ فواره حين مسته الحجارة، فقال: «هلا تركتموه». وقد بلغنا أن النبي ﷺ سأل عن عقل ماعز بن مالك فقال: «هل تعلمون بعقله بأساً؟ هل تنكرون منه شيئاً؟» فقالوا: لا نعلمه إلا وفي العقل من صلحائنا فيما نرى.

(١) وفي المبسوط ج ٩ ص ٩١: وابن أبي ليلى رحمه الله اعتبر الإقرار بالشهادة بعلّة أنه أحد حجتي الزنا، ثم في الشهادة المعتبر عدد الأربعة دون اختلاف المجالس، فكذلك في الإقرار. وقال في ص ٩٢: وابن أبي ليلى يستدل بهذا الحديث أيضاً (أي حديث إقرار ماعز) ويقول: المذكور عدد الأقاير دون اختلاف المجالس. ولكننا نقول: قد وجد اختلاف بمجالس المقر على ما روي أن رسول الله ﷺ طرده في كل مرة حتى توارى بحيطان المدينة ثم رجع، وفي رواية قال: اذهب وبلغك فاستغفر الله، فذهب حتى غاب عن بصر رسول الله ﷺ ثم رجع، فالمعتبر اختلاف بمجالس المقر دون القاضي، حتى إذا غاب عن بصر القاضي في كل مرة يكفي هذا لاختلاف المجالس. والذي روى أنه أقر خمس مرات فإنما يجعل ذلك على إقرارين كانا منه في مجلس واحد فكانا كإقرار واحد. وروي أن أباً بكر رضي الله عنه قال له: أقررت ثلاث مرات إن أقررت الرابعة رجمك رسول الله ﷺ. وفي رواية قال: إياك والرابعة فإنها موجبة. وعن بريد الأسلمي قال: كنا أصحاب رسول الله ﷺ نتحدث أن ماعزاً لو جلس في بيته بعد ما أقر ثلاث ما بعث رسول الله ﷺ إليه من يرحمه، فدل على أن اشتراط عدد الأقاير كان معروفاً بينهم. المراد من قوله: «فإن اعترفت فارجمها» الاعتراف المعروف في الزنا، وهو أربع مرات. والصحيح من حديث الثعالبية أنها أقرت أربع مرات. هكذا ذكر الطحاوي رحمه الله، إلا أن الأقاير منها كانت في أوقات مختلفة قبل الوضع، وبعد الوضع، وبعد ما طهرت من نفاسها، وبعد ما فطمت ولدها، ولهذا لم تتفق

اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى
٥٣٩ وأمرت الجلواز^(١) فأخذه بيده فأخرجه من باب الحسر نفياً. فقال أبو حنيفة: ليس ينبغي للحاكم أن يقول له: أفعلت؟ ولا نوجب عليه الحد بإقرار أربع مرات في مقام واحد. ولو قال: وطئت جارية أمي في أربعة مواطن لم يكن عليه حد، لأن الوطء قد يكون حلالاً وحراماً فلم يقر هذا بالزنا^(٢)، والله أعلم.

الرواية على نقل الأنارير الأربعة في حديثها.

(١) في المغرب: الجلواز عند الفقهاء: أمين القاضي، أو الذي يسمى صاحب المجلس. وفي اللغة: الشرطي، والجمع جلاويز وجلاوزة.

(٢) وفي المبسوط ج ٩ ص ٩٦: وحكي عن ابن أبي ليلى أنه أقر عنده رجل أنه وطئ جارية أمه فقال له: أوطئتها؟ قال: نعم حتى قال أربع مرات فأمر بضربه الحد. وخطأه أبو حنيفة رحمه الله تعالى في هذا القضاء من أوجه: أحدها أن بإقراره بلفظ الوطء لا يلزمه الحد ما لم يقر بصريح الزنا، والثاني وهو أن القاضي ليس له أن يطلب الإقرار في هذا الباب بقوله: أفعلت؟ بل هو مندوب إلى تلقين الرجوع، والثالث أنه لم يسأله عن علمه بحرمتها وينبغي له أن يسأله عن ذلك وليس له أن يقيم الحد ما لم يعلم علمه بحرمة ذلك الفعل.

وقع الفراغ بحمد الله عز وجل من التعليق بحوله وقوته، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم. وكان ذلك وقت العصر يوم الاثنين السابع عشر من ذي القعدة الحرام من شهر سنة ١٣٥٧. وصلى الله على خير خلقه سيدنا ومولانا محمد النبي الكريم، وعلى آله وصحبه أجمعين، وسلم تسليماً كثيراً والحمد لله رب العالمين.

فهرس المحتويات

٣	المقدمة
٤	ترجمة المصنف
١١	من أخلاقه وورعه
١٢	شيوخ أبي حنيفة وأصحابه
١٣	عبادة أبي حنيفة
١٧	ذكر من وصفه بالفقه
١٩	ومن قوله في الرأي
١٩	فصل
٢٢	فصل في ورعه سوى ما تقدم
٢٣	فصل في الاحتجاج بحديثه
٢٤	فصل في منشور أخباره
٢٥	فصل في وفاة أبي حنيفة
٢٥	ومن حديثه
٢٦	ومن المنامات المبشرة لأبي حنيفة

ترجمة الإمام أبي يوسف

للإمام الحافظ

أبي عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي

٣١	ثناء الأئمة على أبي يوسف
٣٣	ومن شمائله

ترجمة الإمام محمد بن الحسن الشيباني

للإمام الحافظ

أبي عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي

٤٤	ذكر توليته قضاء الرقة
----	-----------------------

الفروق في الفروع

٥٢	كتاب الطهارة والصلاة
٧١	كتاب الزكاة
٧٩	كتاب الصوم
٨٣	كتاب المناسك

٩٣	كتاب النكاح
١١٧	كتاب الطلاق
١٥٥	كتاب العتاق
١٦٥	كتاب المكاتب والولاء
١٧٤	كتاب الأيمان والنذور والكفارات
١٨٥	كتاب الحدود
١٩٥	كتاب السرقة
٢٠٠	كتاب السير
٢١١	فصل
٢١٣	فصل
٢١٥	كتاب الاستحسان والتحري والإباق
٢٢٣	كتاب الغصب
٢٢٨	كتاب الصيد والذبائح
٢٣٢	كتاب العارية والوديعة
٢٣٥	كتاب الشراكة
٢٤١	كتاب الهبة
٢٤٤	كتاب البيوع
٢٥٠	فصل
٢٦٨	كتاب الصرف
٢٧٦	كتاب الشفعة
٢٨٥	كتاب القسمة
٢٨٧	كتاب الإجازات
٢٩٣	كتاب الشهادات
٣٠١	كتاب الدعوى
٣١١	كتاب الإقرار
٣٢٥	كتاب الوكالة
٣٣٧	كتاب الكفالة والحوالة
٣٤٢	كتاب الصلح

٣٤٧	-----	كتاب الإكراه
٣٥٢	-----	كتاب الحجر
٣٥٣	-----	كتاب المضاربة
٣٥٦	-----	كتاب الشرب
٣٥٨	-----	كتاب الأشربة
٣٥٩	-----	كتاب الرهن
٣٦٣	-----	كتاب الوصايا
٣٧٤	-----	كتاب المأذون
٣٧٩	-----	فصل
٣٨٠	-----	كتاب الديات والجنايات

اختلاف أبي حنيفة

وابن أبي ليلى

للإمام أبي يوسف يعقوب الأنصاري

٣٩١	-----	باب الغصب
٣٩٤	-----	باب الاختلاف في العيب
٣٩٧	-----	باب بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها
٤٠٣	-----	باب المضاربة
٤٠٦	-----	باب السلم
٤٠٧	-----	باب الشفعة
٤١٢	-----	باب المزارعة
٤١٤	-----	باب الدعوى والصلح
٤١٦	-----	باب الصدقة والهبة
٤٢٠	-----	باب في الوديعة
٤٢٢	-----	باب في الرهن
٤٢٣	-----	باب الحوالة والكفالة في الدين
٤٢٨	-----	باب في الدين
٤٤٠	-----	باب في الأيمان
٤٤٢	-----	باب الوصايا

٤١٣	باب الموارث
٤٤٨	باب في الأوصياء
٤٥٠	باب في الشركة والعنف وغيره
٤٥٢	باب في المكاتب
٤٥٤	باب في العتق
٤٥٧	باب في العارية وأكل الغلة
٤٥٨	باب في الأجير والإجارة
٤٦٠	باب القسمة
٤٦٠	باب الصلاة
٤٦٤	باب صلاة الخوف
٤٦٩	باب الركاة
٤٧٦	باب الصيام
٤٧٩	باب في الحج
٤٨٣	باب الديات
٤٨٩	باب السرقة
٤٩٣	باب القضاء
٤٩٦	باب القرية
٥٠٠	باب النكاح
٥١١	باب الطلاق
٥٣٢	باب الحدود
٥٤٠	فهرس المحتويات

AL-FURŪQ FĪ AL-FURŪQ

(A Book in Hanafi Jurisprudence)

By

Asʿad Ben Muḥammad Al-Karābisi

Followed By

IḤTILĀF ABI ḤANĪFAH WA IBN ABI LAYLA

By

Abū Yūsuf Al-Anṣārī

Edited By

Aḥmad Farīd Al-Miziyadi

DAR AL-KOTOB AL-ILMIYAH
Beirut-Lebanon